Die richterliche Prüfung von Reichsgesetzen nach Reichsrecht.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Helmut Linck
Referendar aus Wiesbaden.

1930.
Druck: H. Pöppinghaus, o. H.-G., Bochum-Langendreer.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakult
angenommen am 14. Oktober 1930.

Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Felix Genzmer.
Mitberichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Alfred Manigk.

Inhaltsübersicht.

Einleitung:

§ 1. Das Problem und seine Begrenzung 1
§ 2. Die Unterscheidungen der formellen und materiellen sowie der Haupt- und Inzidentprüfung 4

Hauptteil:

§ 3. Die grundlegende Fragestellung 11
§ 4. Zum Verfahren der Untersuchung und zur Methodenfrage . . . 15

I. Rein staatsrechtlichem Zusammenhang entnommene Lösungen.

A. „Juristische Methode".

§ 5. Materialien 20
§ 6. Art. 13 R.V. 22
§ 7. Kurzer Hinweis auf preußisches und bayrisches Recht 27
§ 8. Die Lehre der formalen Kriterien 29
§ 9. Folgerungen aus der Lehre der Gewaltenteilung 36

B. Teleologisch und überpositivrechtlich bestimmte Lösungen.

§ 10. 44

II. Lösungen im Zusammenhang des Problems der Rechtswirklichkeit.

§ 11. 50

III. Versuch einer eigenen Entscheidung.

§ 12. 63

Schluß:

§ 13. Zur Würdigung der Ergebnisse 72

Schrifttum.

(Die Nummern des Arch. öff. Rechts bezeichnen die Neue Folge.)

1. Adamovich: Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österr. Verfassungsgerichtshof. Wiener staatswiss. Studien N. F. V. 1924.
2. Aldag, Heinrich: Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung. 1925.
3. Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des deutschen Reiches. Kommentar.
   II. Bearbeitung = 8. Auflage 1928.
   III. Bearbeitung = 10. Auflage 1929.
4. „ Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs . . auszudehnen? Verhandlungen des 34. dtsch. Juristentages (Köln), öff.-rechtl. Abt. 1927.
5. „ Besprechung von Nawiasky: Bayerisches Verfassungsrecht. Verw. Arch. 30, 342 ff. 1925.
6. „ Die Reichsaufsicht. Im Handbuch des deutschen Staatsrechts § 32. 1930.
7. Arndt, Adolf: Das Staatsrecht d. dtsch. Reiches. 1901.
8. „ Die Verfassung des deutschen Reiches. Kommentar.
   3. Auflage 1927. 2. Auflage 1921.
9. „ Haben die Gerichte die Befugnis, die materielle Gültigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen? Recht 1920, 105 ff.
10. Behr, Christian: Die Rechtskraft der Entscheidungen des Staatsgerichtshofs. Arch. öff. Recht (AöR) 17, 436 ff. 1929.
11. Bredt, Joh. Viktor: Der Weg der Verfassungsänderung. Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. (Z. StW.) 82, 437 ff. 1927.
12. Breiholdt, Hermann: Die Abstimmung im Reichstag. AöR 10, 289 ff. 1926.
13. Bühler, Ottmar: Die Reichsverfassung. In der Sammlung „Aus Natur und Geisteswelt.“ 1927.
14. „ Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Reichsgesetze anzuwenden? DJZ 1921, 580 ff.
15. Casper, Wilhelm: Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen. Ungedr. Diss. Jena. 1925.
16. Elsner, Werner: Die staatliche Willensbildung und ihre Bedeutung für das richterliche Prüfungsrecht. Ungedr. Diss. Breslau. 1921.

17. Emig: Ist der Staatsgerichtshof für das dtsch. Reich zur Entscheidung über bayerische Verfassungsstreitigkeiten zuständig? AöR 14, 68 ff. 1928.

18. Flad, Wolfgang: Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution. (Heidelberger Abhandlungen.) 1929.

19. Fleischmann, Max: Die materielle Gesetzgebung. Handbuch d. Politik I 219 ff. 1920.

20. Freund, Ernst: Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. Das öffentl. Recht d. Gegenwart Bd. XXII. 1911.

21. v. Freytagh-Loringhoven, Axel Frhr.: Die Weimarer Reichsverfassung in Lehre und Wirklichkeit. 1924.

22. Gerber, Hans: Gesetz und Verfassung. Zeitschr. f. Ostrecht III. Jahrg. S. 1 ff. 1929.

23. v. Gierke, Otto: Die Grundbegriffe des Staatsrechts. 1915.

24. Giese, F.: Die Verfassung d. dtsch. Reichs. Kommentar. 6. Aufl. 1925.

25. Gneist: Gutachten über die Gesetzgebungsfrage „ob der Richter auch über die Frage zu befinden hat, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen“.
Verh. d. 4. dtsch. Juristentags. 1862.

26. Goldschmidt, J.: Gesetzesdämmerung. JW 1924, 245 ff.

27. Graßhoff: Wohlerworbene Rechte . . ., Prüfungsrecht usw. DJZ 30, 332 ff. 1925.

28. Grau, Richard: Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Reichsverordnungen.
AöR 11, 287 ff. 1926.

29. Görres: Besteht ein richterliches Prüfungsrecht usw.? JW 1924, 1564ff.

30. Hatschek, Julius: Deutsches u. preuß. Staatsrecht. Bd. II. 1923.

31. Hecking, Ernst: Untersuchungen über die Zuständigkeit des Richters zur Prüfung . . . Diss. Marburg. 1927.

32. Hensel, Albert: Staatsrechtliche Fragen in den Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs. AöR 6, 311 ff. 1924.

33. v. Hippel, Ernst: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes. 1924.

34. „ Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte. Veröff. d. Vgg. d. dtsch. Staatsrechtslehrer (StRL) V., 178 ff. 1929.

35. Hölk, Hans: Ist der Gesetzgeber selbstherrlich? Diss. Marburg. 1929.

36. Hubrich, Eduard: Das demokratische Verfassungsrecht des deutschen Reiches. 1921.

37. Jellinek, Georg: Gesetz und Verordnung. (1887.) 1919.

38. „ System der subjektiven öffentlichen Rechte. II. 1919.

39. „ Allgemeine Staatslehre. 4. Aufl. 1922.

40. Jellinek, Walter: Die Weimarer Verfassung verglichen mit der Verfassung Nordamerikas und der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Handb. d. Politik III S. 10 ff. 1921.

41. „ Verfassungswidrige Reichsgesetze. DJZ 1921, 753 ff.
42. „ Der Schutz des öffentlichen Rechts. StRL II. S. 8 ff. 1925.
43. „ Verfassung und Verwaltung. (Sammlung: Staatskunde.) 1926.
44. Jeschke, Peter: Prüfungsrecht gegenüber verfassungswidrigen Reichsgesetzen. Ungedr. Diss. Kiel. 1921.
45. „ Prüfungsrecht gegenüber verfassungswidrigen Reichsgesetzen. JW 1922, S. 81 ff.
46. Jeselsohn, Sigmund: Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung nach Reichsrecht. (Heidelberger Abhandlungen.) 1929.
47. Kaufmann, Erich: Die Gleichheit vor dem Gesetz . . . StRL III S. 2 ff. 1927.
48. Kelsen, Hans: über Staatsunrecht. Ztschr. f. d. priv. u. öff. Recht d. Gegenwart. 40 (1913) S. 1 ff. 1913.
49. „ Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. II. 1923.
49a. „ Allgemeine Staatslehre. 1925.
50. Kormann, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
51. Laband, Paul: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. II. Bd. 5. Auflage. 1911.
52. Lammers, Hans-Heinrich: Das Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 9. VII. 1921. 1922.
53. Lang, Fritz: Das richterliche Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen. Diss. Würzburg. 1926.
54. Lassar, Gerhard: Ein Beschluß des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 II R. V. AöR 1, S. 98 ff. 1921.
55. Leibholz, Gerhard: Die Gleichheit vor dem Gesetz. 1924.
56. Lukas, Josef: über die Gesetzespublikation in Österreich und im Deutschen Reich. 1903.
57. „ Fehler im Gesetzgebungsverfahren. Recht 1907, S. 669 ff.
58. Manigk, Alfred: „Interesse". In: Stier-Somlo-Elster's Handwörterbuch d. Rechtswiss. Bd. III, 297 ff.
58a. „ „Unwirksamkeit". Ebenda S. 312.
59. Marschall v. Bieberstein, F. Frhr.: Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnungen des Obersten Kriegsherrn. 1911.
60. „ Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze. Akad. Rede. 1927.
61. Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Auflage, Bd. I. 1924.
62. Meißner, O.: Das Staatsrecht des Reichs und seiner Länder. 2. Auflage. 1923.
63. Meyer, Gg., Anschütz, Gerh.: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Auflage. 1919.
64. v. Mohl, Robert: Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. 1860.
65. „ Das deutsche Reichsstaatsrecht. 1873.
67. Morstein-Marx, Fritz: Art. 13 II R. V. und der Streit um die richterliche Prüfungszuständigkeit. AöR 6, 218 ff. 1924.

68. " Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung . . . 1927.
69. Müller, Hanswerner: Zur Lehre von den Fehlern im Gesetzgebungsverfahren. Ungedr. Diss. Münster. 1924.
70. Nawiasky, Hans: Bayerisches Verfassungsrecht. 1923.
70a. " Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenaufbau des Rechtes. Ztschr. f. öff. Recht VI., 488 ff. 1927.
71. " Grundprobleme der Reichsverfassung. I. Teil: Das Reich als Bundesstaat. 1928.
72. Nützenadel, Bernhard: Der heutige Stand der Frage der Überprüfbarkeit von Gesetzesbeschlüssen des Reichstags auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Ungedr. Diss. Jena. 1925.
73. Poetzsch-Heffter, Fritz: Handkommentar der Reichsverfassung. 3. Auflage. 1928.
74. " Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs .. auszudehnen? Ber. v. 34. dtsch. Jur. Tg. (Köln) in DJZ 31, S. 1265 ff. 1926.
75. Radbruch, Gustav: Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Arch. f. soz. Gesetzgebung und Statistik (Arch. f. Soz.-Wiss. u. Soz.-Pol.) Bd. 22 (IV) S. 355 ff. 1906.
76. " Richterliches Prüfungsrecht? Die Justiz, Bd. I., S. 12ff. 1925.
77. Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Auflage. 1929.
78. Rosin, Heinrich: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Auflaae. 1895.
79. Rümelin, Max: Die Gleichheit vor dem Gesetz. 1928.
80. Schack, Friedrich: Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung. 1918.
81. " Die Frage des richterlichen Prüfungsrechts . . . während der Umwälzung . . . und im künftigen Verfassungsrecht. Hirths Annalen des dtsch. Reichs 51, 285 ff. 1919/20.
82. " Zur richterlichen Prüfung im neuen Reichs- und preußischen Recht. AöR 2, 163 ff. 1921.
83. " Sind die Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden? Gruch. Beitr. 3 (66) S. 81 ff. 1923.
84. " Besprechung von Morstein-Marx: „Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung . . .“ Arch. f. Rechtsphilosophie 20, 610 ff.
85. Schelcher, Walter: Das Prüfungsrecht der Behörden gegenüber Gesetzen und Verordnungen. Fischers Ztschr. f. Verwaltungsrecht 59, 17 ff. 1926.
86. Schmitt, Carl: Verfassungslehre. 1928.
87. " Der Hüter der Verfassung. AöR 16, 161 ff. 1929.
88. " Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung. Im Sammelwerk: Die Reichsgerichtspraxis . . . (Festgabe f. d. RG) Bd. I. 1929.

89. Sieburg: Hat der Richter das gesetzmäßige Zustandekommen von ordnungsmäßig verkündeten Ortsstatuten zu prüfen? Preuß. Verw. Blatt 32, 309 ff. 1911.

90. Stier-Somlo, Fritz: Besprechung von Schack: „Die Prüfung der Rechtmäßigkeit . . .“ AöR 3, 105 ff. 1922.

91. „ Die verfassungsmäßigen Rechte des preußischen Staatsrats und die Folgen ihrer Nichtbeachtung. AöR 3, 129 ff. 1922.

92. „ Deutsches Reichs- u. Landesstaatsrecht. Bd. I. (zit. als „Lehrbuch“). 1924.

93. „ Die Verfassung des deutschen Reichs. 3. Auflage. 1925.

94. Smend, Rudolf: Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat. Festgabe für Otto Mayer. 1916.

94a. „ Verfassung und Verfassungsrecht. 1928.

95. Stoll, Heinrich: Besprechung von Morstein-Marx: „Variationen . . .“. JW. 1927, 2617 ff.

96. „ Fußnote zu RGE vom 4. XI. 1925 (= RGZ 111, 320 ff.) JW 1927, 1429 f.

97. „ Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre. Jherings Jahrbücher 76, S. 134 ff., (193 ff.). 1926.

98. Tatarin-Tarnheyden, Edgar: Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis. Sonderausgabe aus der Stammler-Festschrift. 1926.

99. „ Integrationslehre und Staatsrecht. Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. 85, S. 1 ff. 1928.

100. „ Rechtspositivismus und modernes Naturrecht in ihrer methodologischen Berechtigung. Ztschr. öff. Recht, VII, 22 ff. 1928.

101. Theisen, Emil: Verfassung und Richter. AöR 8, 257 ff. 1925.

102. Thoma, Richard: Das richterliche Prüfungsrecht. AöR 4, 267 ff. 1922.

103. „ Grundrechte und Polizeigewalt. Festgabe f. d. preuß. OVG S. 183 ff. 1925.

104. Triepel, Heinrich: Die Reichsaufsicht. 1917.

105. „ Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung. AöR 39, S. 456 ff. 1920.

106. „ Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Festgabe für Wilhelm Kahl. 1923.

107. „ Staatsrecht und Politik. Akad. Rede. 1927.

108. „ Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. StRL V. 1929.

109. Trier, Fritz: Verfassungswidrige Reichsgesetze. Diss. Marburg. 1907.

110. Veith, Joseph: Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetz und Verordnung im Reich und in Preußen. Ungedr. Diss. Köln. 1925.

111. Waldecker, Ludwig: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. AöR 13, 59 ff. 1927.

112. Weyr, Franz: Zum Begriff der Promulgation. Ztschr. öff. Recht VI, 353 ff. 1927.
113. Wittmayer, Leo: Die Weimarer Reichsverfassung. 1922.
114. „ Die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen als Problem der Rechtsannäherung. Ztschr. öff. Recht VI, 55 ff. 1927.
115. Zeumer, Karl: Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung. 1913.

Materialien und Entscheidungen.

116. Verfassungsentwurf des Vereins „Recht und Wirtschaft", 1919.
117. Sitzungsbericht der verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung. (Plenum.) 45. u. 53. Sitzung.
118. Protokolle des Verfassungs- (8.) Ausschusses der verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung. Aktenstück Nr. 391.
119. Sitzungsbericht des Reichstags (Plenum) der 1. Wahlperiode, Aktenstück 345 (30. Sitzung) und 350 (120. u. 123. Sitzung).
120. Berichte des Rechts- (20.) Ausschusses, Anlageband zu 119, Aktenstück Nr. 1592.
121. Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts. Mit Begründung. Reichstag IV. Wahlperiode Nr. 382. Ebenso: Reichstag III. Wahlperiode Nr. 2855.
122. Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das deutsche Reich und des Reichsgerichts aufgrund des Art. 13 II R. V., herausgegeben von Lammers und Simons, Bd. I: 1920—28. 1929.
123. Entscheidungen des Staatsgerichtshofs in RG Z Bd. 107, 112, 122.
124. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen in Bd. 102, 107, 111.
125. Entscheidungen des Reichsfinanzhofs in Bd. 5.
126. Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts in Bd. 4 und 5.
127. Entscheidungen des preuß. Oberverwaltungsgerichts in Bd. 63.
128. Entscheidungen des sächs. Oberverwaltungsgerichts in den Jahrbüchern des sächs. OVG Bd. 27, 1924.
129. Entscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hans. Ger. Ztg. 1920, 181. Zit. nach Morstein Marx AöR 6, 225, Anm. 35.
130. Der Plenarbeschluß des Reichsgerichts über das Abgeltungsverfahren. Mitgeteilt in DJZ 29, 289 ff. (Später Bd. 107 der amtl. Sammlung.) 1924.
131. Kundgebung des Richtervereins beim Reichsgericht. JW 1924, 90.
132. Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Bd. III, Aussprache.

Einleitung.

§ 1. Das Problem und seine Begrenzung.

Die vorliegende Arbeit will das Problem des sogenannten richterlichen Prüfungsrechts erörtern. Es handelt sich hierbei um eine alte, schon im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation bekannte Streitfrage [1]), die ihre große und eigentliche Bedeutung allerdings erst zur Zeit der Einführung der Verfassungen in Deutschland im 19. Jahrhundert erlangte [2]), die dann im Zweiten Reich wiederum zurücktrat, heute aber ganz besonders brennend ist. Ihr wesentlicher Gehalt ist, zunächst ganz allgemein gefaßt, die Frage der Übereinstimmung gesetzter Normen mit übergeordneten Rechtsvorschriften, insbesondere mit denen der die Gesetze in gewisser Weise an Bedeutung überragenden Verfassung. Dieser derart unter einem bestimmten umfassenden Gesichtspunkt umschriebene Problemkreis kann nicht in seinem ganzen Umfang Gegenstand der Behandlung sein, einmal weil er damit noch zu undeutlich bestimmt und zu umfangreich ist, sodann weil Teilprobleme aus besonderen Gründen ihre eindeutige und unbestrittene Lösung gefunden haben. Es ist daher erforderlich, zunächst den Inhalt des zu erörternden Fragenkreises festzulegen und damit die Aufgabe der Arbeit abzugrenzen.

Als Gegenstand einer „Prüfung" im Sinne des gestellten Themas können verschiedenartige Normen in Betracht kommen: im wesentlichen Verordnungen, Satzungen, Gesetze. Auszuscheiden hat aus der Betrachtung zunächst die Frage der Überprüfung derartiger landesrechtlicher Normen auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung des Reichs; hier liegt ein besonderes bundesstaatliches Problem vor, das in Art. 13 II R. V. seine eindeutige Lösung gefunden hat. Abgesehen wird ferner von einer Behandlung der Frage der Übereinstimmung landesrechtlicher Normen mit der Verfassung des betr. Landes. Hier handelt es sich zwar um das Problem des Prüfungsrechts im

[1]) Vgl. die ausdrückliche Regelung des Art. 16 § 11 der capitulatio perpetua, bei Zeumer, Quellensammlung S. 474 (486).

[2]) Bezeichnend Gneist IV. Dtsch. Jur. Tg. S. 277 u. § 4.

eigentlichen Sinne, und ausdrückliche Regelungen (so Bayern § 72 der Verfassungsurkunde vom 14. 8. 1919) sind selten erfolgt. Die Frage verläuft als landesrechtliches Problem jedoch ihrer Behandlung nach Reichsrecht durchaus parallel. Es genügt, gelegentlich auf sie zu verweisen. Ausgeschieden wird zudem eine Prüfung von Normen, die sich aus dem Satze „lex posterior derogat legi priori" ergibt, sowie eine Überprüfung der vor der Verfassung erlassenen Gesetze und Verordnungen. Erstere ist eine selbstverständliche Folge der Unterwerfung des Richters unter das Gesetz, letztere ist in Art. 178 II R. V. ausdrücklich geregelt. Nicht behandelt wird ferner die Frage der Übereinstimmung reichsrechtlicher Verordnungen und autonomer Satzungen mit übergeordneten Normen wie Gesetz und Verfassung. Daß das Vorliegen der Übereinstimmung vom Richter, von Verwaltungsbehörden, vom Staatsbürger nachgeprüft werden kann, gegebenenfalls nachgeprüft werden muß, ist anerkannt [3]); ihre Rechtsbeständigkeit und verbindliche Kraft sind abhängig vom Vorhandensein der „gesetzlichen Grundlage" [4]). Zur Erörterung steht damit lediglich die Frage der Überprüfbarkeit von Reichsgesetzen. Als Bewertungsmaßstab kann für sie allein die Verfassung in Betracht kommen. Als durchaus verschieden hiervon und einem anderem Problemkreis zugehörig muß die Frage der Prüfung der Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit naturrechtlichen Grundsätzen und sittlichen Forderungen erkannt werden. Es handelt sich hier in erster Linie um die Frage des Bestehens eines unmittelbar und allgemein verbindlichen Naturrechts, das als metaphysische Grundlage der konkreten Rechtsordnung dieser auch im Einzelfalle vorgeht [5]). Richtlinie einer Prüfung im Zusammenhang des hier zu erörternden Problems ist die Verfassung in einem Sinne, der über den der geschriebenen Verfassungsurkunde vom 11. 8. 1919 und ihrer ausdrücklichen Abänderungen notwendig hinausgehen muß. Es soll im Rahmen der Arbeit nicht auf die Frage nach Begriff und Wesen der Verfassung eingegangen werden; sie ist für das Problem des Prüfungsrechts nicht von entscheidender Bedeutung. Verfassung ist hier gemeint in dem Sinne der neueren aufschlußreichen Arbeiten über diesen Begriff, etwa als „grundlegende Gesamtentscheidung über

---

[3]) Statt aller vgl. für das alte Recht Schack S. 107 ff., 114, 253. Für das neue Recht Anschütz Komm. III Bearb. (10. Aufl.) S. 323.

[4]) Vgl. Laband Bd. II S. 106: „Materielle Voraussetzungen für die Gültigkeit v. Verordnungen."

[5]) Vgl. dazu schon von Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik Bd. I S. 66 f. Eine derartige Prüfung verlangen die Kundgebung des Richtervereins beim RG in JW 1924, S. 90, und James Goldschmidts Aufsatz „Gesetzesdämmerung" in JW 1924, S. 245 ff.

Art und Form der politischen Einheit" [6]) oder als „Rechtsordnung des staatlichen Integrationsprozesses" [7]). Es ist klar, daß mit dieser Begriffsbestimmung auch — nicht notwendig geschriebene — Normen umfaßt werden, die nicht Bestandteil der geschriebenen und in einzelnen Punkten förmlich abgeänderten Verfassungsurkunde sind [8]). Jedenfalls braucht hier nicht abschließend Stellung genommen zu werden. Festzuhalten ist, daß die Frage des Themas der Arbeit für die Behandlung sich erfassen läßt als Frage des Verhältnisses von Gesetz und Verfassung [9]). Daraus folgt zugleich ohne weiteres die Unterscheidung des Problems des Prüfungsrechts von Fragen der Textilkritik und der Auslegung.

Fraglich ist, welche Instanz die Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit des Gesetzes an der Verfassung zu prüfen hat. In Betracht kommen in erster Linie die Gerichte, daneben aber auch nichtrichterliche Behörden und die einzelnen Staatsbürger. Das Problem wird nach einer gerade in neuerer Zeit stark vertretenen Ansicht geradezu als die Frage des Prüfungsrechts der Behörden bezeichnet [10]). Es wird hierbei die Sonderstellung des Richters im modernen Staat übersehen, der allein dem Gesetz unterworfen ist, während die Verwaltungsbehörde durch Befehle der übergeordneten Instanzen verpflichtet und zugleich gedeckt wird. Hierbei muß abgesehen werden von den Fällen, in denen der Beamte die Ausführung eines als rechtswidrig klar erkennbaren Befehls verweigern kann. Auf die besondere Frage des bindenden rechtswidrigen Befehls kann hier jedoch nicht eingegangen werden. Es kann daher nur ein Prüfungsrecht der Gerichte in Frage kommen.

Der Abgrenzung des zu erörternden Themas müssen kurz einige Bemerkungen zur Terminologie angefügt werden. Zunächst handelt es sich — das ist nunmehr allgemein anerkannt — [11]) nicht um ein Recht des Richters auf Prüfung im eigentlichen Sinne, sondern um eine Frage der Zuständigkeit.

---

[6]) Carl Schmitt Verf.-Lehre, besonders S. 23. Damit ist nicht notwendig verbunden die Anerkennung der Lehre Schmitts von der verfassunggebenden Gewalt.

[7]) So Smend S. 77/78.

[8]) So Gerber Ztschr. f. Ostrecht III S. 1 u. ff.

[9]) Vgl. die Verf. i. materiellen Sinn bei Triepel, Veröff. StRL V. S. 5/6.

[10]) So Schelcher in Fischers Ztschr. Bd. 59, S. 17, 95. Ebenso schon Laband Bd. II S. 45.

[11]) So in den meisten neueren Arbeiten; vgl. z. B. Hecking S. 1 und ff. — Zuerst erkannt wohl von Perels, vgl. Morstein Marx Variat. S. 3 Anm. 4.

Nicht ein subjektives Recht des Richters kann angenommen werden; es liegt vielmehr — gegebenenfalls — eine echte Zuständigkeit vor, für die die Wechselwirkung von Recht und Pflicht bezeichnend ist [12]). Mit dieser Unterscheidung und genauen Kennzeichnung ist jedoch für die Behandlung und Entscheidung des Problems nichts gewonnen [13]). Da die bisher übliche Bezeichnung zu störenden Irrtümern nicht folgen kann, darf sie auch im folgenden beibehalten werden.

Ein weiterer Punkt betrifft die Frage nach der Bedeutung verfassungswidriger Gesetze. Hier sind zwei Begriffe scharf zu scheiden: Gültigkeit und Rechtmäßigkeit eines Gesetzes [14]). Objektiv nicht rechtmäßig ist ein Gesetz stets dann, wenn es irgendwie — inhaltlich oder in Bezug auf die Art seines Zustandekommens — der Verfassung nicht entspricht. Damit ist jedoch über die (subjektive) Frage der Gültigkeit [15]), d. h. der Verpflichtung zur Anwendung und der allgemeinen Verbindlichkeit, noch nicht entschieden. Die Beantwortung dahin, daß der Richter zunächst die Rechtmäßigkeit des Gesetzes zu prüfen und nach dem Ergebnis die Frage der Gültigkeit zu beurteilen habe, bedeutet eine petitio prinzipii, ein Vorwegnehmen der Lösung des erst zu entscheidenden Problems. [16]) Dieser Vorwurf findet sich im übrigen sehr häufig im Schrifttum zum Prüfungsrecht; er wird sowohl gegen Anhänger als auch gegen Gegner erhoben. [17]) Schon hieraus läßt sich erkennen, daß eine rechtslogische Entscheidung der Frage Schwierigkeit bereitet [18]) und daß in der folgenden Behandlung die verschiedenen vertretenen Ansichten genau auf ihre Schlüssigkeit untersucht werden müssen.

§ 2. Die Unterscheidungen der formellen und materiellen sowie der Haupt- und der Inzidentprüfung.

Als Inhalt der Prüfung durch den Richter ist allgemein bezeichnet worden die Frage der Übereinstimmung des betr. Gesetzes mit der Verfassung. Ihre

---

[12]) Morstein Marx Varitionen S. 3 f. Vgl. auch RGZ Bd. 103, 201.

[13]) Sehr offen Hecking S. 2.

[14]) So Marschall v. Bieberstein S. 512/13. Im Anschluß daran: Schack S. 100, Trier S. 9, Schelcher S. 44, Müller S. 27. Vgl. auch StGH bei Lammers S. 158 oben unter II. Irreführend die Durchführung der Scheidung bei Schelcher S. 53.

[15]) Hier im Sinne von Oto Mayer I. S. 95.

[16]) Schack S. 100.

[17]) Einerseits Triepel Weg . . . AöR 39, S. 536, andererseits Schack S. 100. Gegen beide Schelcher S. 44, 49.

[18]) Vgl. Thoma AöR 4, 270.

mangelnde Vereinbarkeit kann auf zwei Gründen beruhen. Es kann sich zunächst darum handeln, daß ein Gesetz inhaltlich der R. V., insbesondere etwa einer aktuellen Grundrechtsnorm widerspricht. Es kann andererseits in Frage stehen, ob ein Gesetz formell richtig nach den Bestimmungen der R. V. zustandegekommen ist. Allein die Fragen der materiellen und der verfahrensrechtlichen Übereinstimmung mit der R. V. lassen sich nicht voneinander trennen [19]). Sie gehen vielfach ineinander über [20]). „Die Frage, ob es eines verfassungsändernden Gesetzes bedurft hätte, ist nicht die Frage nach dem richtigen Weg, wie es zunächst scheint, sondern zuerst die nach seinem Inhalt. Umgekehrt würde z. B. eine formelle Prüfung in dem Falle vorliegen, wenn eine sich als verfassungsänderndes Gesetz bezeichnende Anordnung nicht den Weg genommen hat, der für verfassungsändernde Gesetze vorgeschrieben ist“ [21]). Beide Fragen werden im Schrifttum sogar gelegentlich gleicherweise als Fragen materieller Natur bezeichnet [22]). Man wird sagen können, daß jede inhaltliche zugleich auch notwendig eine formelle Prüfung umschließt, weil die verfahrensrechtliche Vorschrift des Art. 76 R. V. generell die Möglichkeit materiellrechtlicher Änderungen bietet. Dagegen liegt nicht in jedem Fall einer formellen Prüfung zugleich eine materielle vor. Dies trifft vielmehr nur dann zu, wenn es zweifelhaft ist, ob nach Art. 76 R. V. verfahren werden mußte. Werden Verstöße gegen andere Verfahrensvorschriften geltend gemacht, werden etwa mangelhafte Ausfertigung und Gegenzeichnung, Verletzung von Abstimmungsvorschriften, Nichtbeachtung der Rechte bei der Gesetzgebung mitwirkender Organe, des Reichstags, des Reichswirtschaftsrats, behauptet, so handelt es sich um eine Frage formeller Prüfung. Entscheidend für die Behandlung des Problems des richterlichen Prüfungsrechts in seiner Allgemeinheit ist jedoch, daß die für und gegen die Prüfung geltend gemachten Gründe durchweg gleichmäßig für die Frage der formellen wie der materiellen Prüfung in Betracht kommen, weil die Fragestellung im Grunde die gleiche ist. Das zeigt sich besonders klar bei dem späteren Ergebnis der Ablehnung formaler Kriterien, die zum mindesten das ordnungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes bezeugen könnten. Dort bleibt die zu entscheidende Frage wieder offen und kann weiter nur mit gleichen Erwägungen wie die Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit behandelt werden. In den neueren Bearbeitungen wird darum mit Recht auf

---

[19]) Hecking S. 69, Nawiasky Bayr. Verf. R. S. 373, Gerber Ztschr. f. Östrecht III S. 13.

[20]) Schack . . . Prüfung S. 31, Anschütz Komm. S. 320.

[21]) Schack S. 33.

[22]) Thoma AöR. 4, 267. Theisen AöR. 8, 269/70.

eine Durchführung der Unterscheidung hinsichtlich der Lösung des Problems verzichtet [23]).

Von Bedeutung auch für eine Lösung des Problems ist dagegen eine weitere Unterscheidung, weil sie die Fragestellung in ihrer gleichbleibenden Eigenart deutlich macht. Ob ein Gesetz mit der Verfassung vereinbar sei, werden die Gerichte — unter der Voraussetzung, daß ihre Zuständigkeit hierzu bejaht wird — in der Regel dann prüfen müssen, wenn die Frage im Rahmen eines Zivil- oder Strafprozesses oder sonstigen Verfahrens auftaucht und für die Hauptentscheidung als Präjudizialpunkt wichtig ist: hat der Richter — zumindest in erster Linie — Tatbestände unter generelle Gesetzesvorschriften zu subsumieren, so ist es notwendig und für das Urteil von entscheidender Bedeutung, bei Zweifeln die Frage nach der Gültigkeit und verbindlichen Kraft eines Gesetzes nachzuprüfen, das im gegebenen Falle den Tatbestand zur Entscheidung bringt. In diesem Falle wird von inzidenter [24]) Prüfung (Prüfung als Vorfrage) gesprochen. Wird eine derartige Prüfungszuständigkeit anerkannt, so ist damit eine mittelbare Rechtskontrolle [25]) gegeben. Fraglich ist, ob daneben eine weitere Form der justizförmigen Kontrolle der Gesetzgebung besteht derart, daß ein Gericht in die Prüfung der Frage als Hauptpunkt eintreten kann.

Die ordentlichen (Zivil- oder Straf-) Gerichte kommen hierfür nicht in Betracht. Dagegen lassen sich Zuständigkeiten höchster besonderer Gerichte im Gebiet der Staats- oder besser Verfassungsgerichtsbarkeit [26]) begründen. Das Verfahren nach Art. 15 III R. V. (bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung aufsichtsrechtlicher Beanstandungen) gestattet allerdings nur eine Prüfung als Vorfrage. In einem solchen Fall der abhängigen [27]) Reichsaufsicht kann die klagende Landeszentralbehörde zwar die erhobene Mängelrüge derart angreifen, daß Verfassungswidrigkeit des auszuführenden Reichsgesetzes behauptet wird. Der Angriff richtet sich damit aber nur gegen die Mängelrüge als solche, gegen ihre Berechtigung in dem zur Entscheidung stehenden Einzelfall [28]).

---

[23]) Hecking S. 3/4, 12; 1927. Adamovich S. 32 u. ff; 38 u. ff.; 1924. Anders noch Jeschke S. 104, dagegen 109/11/14. Ebenso auch Bühler Reichsverfassung S. 82/99; 1927.

[24]) Nicht im technischen Sinne des § 280 ZPO. Vgl. bei Anschütz Komm. S. 117, Carl Schmitt AöR. 16, 169.

[25]) Vgl. Rosin S. 281 f., Morstein M. AöR. 6, 220.

[26]) Triepel Veröff. StRL. V. S. 4.

[27]) Triepel Reichsaufsicht S. 370 ff., 411 ff.

[28]) So die überwiegende Meinung im Schrifttum: Arndt Komm. S. 94, Anschütz Komm. (8. Aufl. = 2. Bearbeitung) S. 79, Flad S. 26, Thoma AöR. 4, 284.

Rechtskräftig entschieden wird allein über das Bestehen des Mangels [29]), über die Berechtigung der Rüge der Reichsregierung [30]).

Gleich ist das Ergebnis im Fall der Anwendung des Art. 13 R. V. Nach dieser Bestimmung unterliegen abstrakte Meinungsverschiedenheiten über die Vereinbarkeit von Landesrecht mit Reichsrecht der Entscheidung eines höchsten Gerichtshofs (des Reichsgerichts). Diese Entscheidung würde nach dem klaren Wortlaut der Zuständigkeitsnorm des Art. 13 II in erster Linie erfolgen über die Gültigkeit des Landesgesetzes; die Gültigkeit des Reichsgesetzes könnte hier nur als Vorfrage (präjudiziell) [31]) behandelt werden. Ihre Beurteilung würde an der Rechtskraft der Hauptentscheidung, die nach Art. 13 i. Verb. m. § 3 III des Ges. v. 8. 4. 1920 zur Gesetzeskraft gesteigert ist, nicht teilhaben [32]).

Als Hauptpunkt kann die Gültigkeit eines Reichsgesetzes nur im Verfahren nach Art. 19 R. V. durch den Staatsgerichtshof beurteilt werden. Der dritte Fall des ersten Absatzes [33]) kommt in erster Reihe in Betracht. Der Zuständigkeitsumfang ist allerdings bestritten. Eine einschränkende Auslegung vertritt insbesondere Wittmeyer [34]). Richtig ist eine weitere Fassung, die in dieser Bestimmung eine Generalklausel [35]) für konkrete [36]) Rechtsstreitigkeiten [37]) sieht; ähnliche zusammenfassende Formulierungen finden sich bei

---

[29]) Arndt Komm. S. 94.

[30]) Anschütz Komm. 8. Aufl. S. 79. — Anderer Ansicht neuerdings Anschütz Komm. 10. A. (III. Bearb.) S. 117, mit einer allerdings nur für Art. 19 zutreffenden Begründung. Ebenso — nicht ausdrücklich — die Reichsregierung Begründung z. Entw. Reichstag IV. Nr. 382, S. 5. Hier kann nicht näher auf die Streitfrage eingegangen werden.

[31]) Wittmeyer S. 210.

[32]) Ebenso Triepel Streitigkeiten S. 91 u. Schelcher 27.

[33]) Art. 19 I: „Über Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in dem kein Gericht zu ihrer Erledigung besteht, sowie über Streitigkeiten nichtprivatrechtlicher Art zwischen verschiedenen Ländern oder zwischen dem Reiche und einem Lande entscheidet . . . der StGH. f. d. Dtsch. Reich, soweit nicht ein anderer Gerichtshof des Reichs zuständig ist.“

[34]) Wittmayer S. 251. Einschränkend auch die Angaben bei Anschütz Komm. 10. (III) S. 157.

[35]) Giese S. 102, Stier-Somlo Lehrbuch S. 403.

[36]) Arndt Komm. S. 105, Lammers Komm. S. 79, Giese 102.

[37]) Poetzsch Komm. S. 157, Anschütz Komm. S. 157, Arndt Komm. S. 104, Giese S. 102.

Hubrich [38]), Triepel [39]) und Giese [40]). Als Streitigkeit im Sinne des Art. 19 kann im Anschluß an Stier-Somlos Formulierung [41]) bezeichnet werden „eine solche Gegensätzlichkeit der Auffassung, bei der es sich um geltend gemachtes und bestrittenes Recht handelt." Eine besonders erhöhte Intensität der entstandenen Streitigkeit ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn verschiedene Ansichten vertreten werden und sich in Vorverhandlungen keine Einigkeit ergibt [42]). Eine solche Streitigkeit liegt in dem Augenblick vor, in dem ein Land behauptet, durch eine verfassungswidrige Handlung des Reichs (wozu auch der Erlaß eines Reichsgesetzes gehören würde) in seinen Rechten verletzt zu sein [43]) und die Regierung des Reichs amtlich sich zu der Auffassung bekennt, daß in dem betr. Falle im Gegensatz zu der Meinung der Landesregierung richtig verfahren worden sei, oder daß das Land in seinen Rechten durch ein veröffentlichtes und in Kraft getretenes Reichsgesetz nicht verletzt sei. Verlangt werden muß jedenfalls eine klare Zurückweisung der Behauptung des Landes. Der Anstoß wird von dem betr. Lande ausgehen müssen. Das Reich kann bestehende Meinungsverschiedenheiten über die Gültigkeit eines Reichsgesetzes nur dann zur Streitigkeit treiben lassen, wenn ein Land dazu Veranlassung gibt; dann greift jedoch das bereits genannte Institut der Reichsaufsicht und das in Art. 15 geregelte Verfahren ein, in dem die Gültigkeit des Gesetzes als Hauptpunkt nicht geprüft werden kann. — Es ist schon gesagt worden, daß eine Streitigkeit dann entsteht, wenn ein Land behauptet, durch eine verfassungswidrige Maßnahme des Reichs in seinen Rechten verletzt zu sein. Daraus ergibt sich, daß, wie auch in jedem Zivilprozeßverfahren, ein Rechtsschutzinteresse des Klägers bestehen muß [44]). Im Wortlaut des Art. 19 kommt diese Voraussetzung nicht besonders zum Ausdruck. Daß sie vorliegen muß, ergibt aber auch ein Vergleich mit den Art. 13 und 15, die mit Art. 19 in enger sachlicher Verbindung stehen. Für Art. 15 wird deutlich ein berechtigtes Interesse des Landes auf Rechtsschutz verlangt; es liegt dann vor, wenn ein Ersuchen des Reichs um Mängelabstellung vorausgegangen ist und Meinungsverschiedenheiten, — was

[38]) Demokratisches Verfassungsrecht S. 47.

[39]) Triepel Str. S. 49.

[40]) Giese Komm. S. 102.

[41]) Lehrb. S. 400, in Anlehnung an Triepel Str. S. 15.

[42]) So Flad S. 57.

[43]) Anschütz Komm. S. 117.

[44]) Grau AöR. II, 299/300; Triepel Streitigkeiten S. 77/78; StGH. bei Lammers S. 167; Wittmayer ZöR. 6, 63.

in diesem Zusammenhang soviel wie Streitigkeiten bedeutet [45]) — darüber entstehen. Andernfalls droht hier dem Lande die Reichsexekution. In Art. 13 wird kein Rechtsschutzinteresse gefordert [46]). Es handelt sich um einen Ausnahmefall, in dem in einer abstrakt auftauchenden Frage eine Feststellung der Rechtslage ermöglicht werden soll. Wenn in Art. 19 das erforderliche Interesse eines Klägers nicht näher geregelt ist, dann muß daraus gefolgert werden, daß in diesem Fall das Rechtsschutzinteresse nur im weitesten Sinne zu bestimmen ist. Im Schrifttum zur Art. 19 finden sich entsprechende Ausdrücke; so, daß das Land „in seinen Rechten verletzt“ [47]), daß „das Individualinteresse eines Einzelstaats verletzt“ [48]) sein müsse. Eine derartige „Beschwerung“ kann finanzieller Art sein [49]). Das ist jedoch nicht unbedingt erforderlich. Das Interesse eines Landes kann auch in anderer Richtung verletzt sein. Der Erlaß eines Reichsgesetzes in — angeblich — der R. V. nicht entsprechenden Weise oder mit gegen die Verfassung materiell verstoßendem Inhalt stellt einen verfassungswidrigen Eingriff des Reiches dem Lande gegenüber dar [50]). Tritt ein einzelner Fall, der den Tatbestand des neuen Gesetzes erfüllt, ein, so sind die Gerichte und Behörden des Landes entgegen der Überzeugung der landesrechtlich maßgebenden Stellen reichsrechtlich verpflichtet, das Gesetz anzuwenden. Auch ohne Vorliegen eines solchen Einzelfalles ist der Eingriff in die Rechte des Landes damit gegeben, daß ein angeblich verfassungswidriges Gesetz für das Land und in dem Land nach Behauptung des Reiches gilt [51]). Gegenstand der Streitigkeit ist damit in anderer Fassung die — bezweifelte — Gesetzmäßigkeit des Verhaltens des Reichs [52]).

Damit ist festgestellt, daß eine Prüfung der Übereinstimmung erlassener Gesetze mit der Verfassung als Hauptpunkt, daß also eine unmittelbare Rechtskontrolle [53]) der Reichsgesetzgebung im Verfahren nach Art. 19 R. V.

---

[45]) Triepel Str. S. 45. Der Ausdruck ist die Folge eines gemilderten Sprachgebrauchs, der auf dem bundesstaatlichen Charakter des Reichs beruht. Smend, Festgabe für Otto Mayer, S. 259.

[46]) Triepel Str. S. 67.

[47]) Anschütz Komm. S. 117.

[48]) Triepel Str. S. 81.

[49]) So in der Entsch. d. StGH. bei Lammers S. 167.

[50]) Flad S. 65.

[51]) So im Ergebnis auch Triepel Str. S. 90, der von einer „Streitigkeit über Anwendung der R. V.“ spricht. Ebenso StGH. (Lammers) S. 167.

[52]) Flad S. 65.

[53]) Inwieweit hierbei eine über die normale zivil- oder strafprozessuale Rechtskraft hinausgehende maßgebliche Wirkung der Entscheidung

insoweit gegeben ist, als die Zuständigkeitsbestimmung der Verfassung in Betracht kommt [54]). Allerdings ist weder die Möglichkeit einer unmittelbaren Erledigung als Reichs-Verfassungsstreitigkeit [55]) noch eine allgemein gefaßte Bestimmung über die Aktivlegitimation, etwa eine Popularklage für jeden Interessenten, vorhanden. Klarheit muß also darüber bestehen, daß hier eine zwar nicht indizente, aber immerhin auch nur „diffuse“ [36]) Prüfungsmöglichkeit gegeben ist, da nur in bestimmten einzelnen ganz konkreten Fällen die Prüfung als Hauptpunkt unter den Zuständigkeitsbereich des StGH. fällt [57]). Immerhin besteht aber auf Umwegen, insbesondere über Art. 19 III, in Fragen der Prüfung auf Übereinstimmung von Landesgesetzen mit der Landesverfassung auch nach Abs. 1 Satz 1 [58]), eine unmittelbare Kontrolle der (Reichs-) Gesetzgebung — soweit ein gerichtliches Prüfungsrecht überhaupt anerkannt ist.

---

des StGH. eintritt, ist bestritten. Für die weitere Behandlung des Themas ist diese Frage nicht von Bedeutung. Hierzu zu vergleichen Triepel Str. S. 38 u. 111 ff., Behr AöR. 17, 436 ff.

[54]) Ebenso Leibholz S. 128.

[55]) Statt aller Poetzsch Komm. S. 156 (Anm. 1) und StGH. (Lammers) S. 154.

[56]) Vgl. Carl Schmitt AöR. 16, 169.

[57]) Vgl. auch Wittmayer ZöR. 6, 63.

[58]) Vgl. beispielsweise § 72 der bayer. Verf. Urk. vom 14. 8. 19 u. § 2 d. bayer. Ges. üb. d. StGH. v. 11. 6. 20. Hierzu Emig AöR. 14, 68 ff.

Hauptteil.

§ 3.

Die grundlegende Fragestellung.

Nachdem in den einleitenden Ausführungen der Inhalt des Problems des Prüfungsrechts allgemein bezeichnet und seine für eine Untersuchung notwendige Begrenzung vorgenommen ist, ist es nunmehr erforderlich, die grundlegende Fragestellung herauszuarbeiten, die für die Behandlung und Entscheidung des Problems richtunggebend sein muß. Zahlreiche Bearbeitungen des Themas leiden gerade unter dem Mangel der klaren und richtigen Fragestellung, sofern diese überhaupt versucht wird. Sie hat für die vorliegende Arbeit zu lauten: Kann ein Gericht über die Fragen der Rechtmäßigkeit und der Gültigkeit des ordnungsgemäß ausgefertigten und verkündeten, mit besonderer Autorität und Geltungsanspruch auftretenden „Gesetzes" entscheiden, wenn sich Zweifel über seine inhaltliche oder verfahrensrechtliche [1]) Übereinstimmung mit der Verfassung ergeben? Diese Formulierung enthält den wesentlichen Gehalt der Frage. Sie deckt sämtliche Fälle der sich bei näherer Betrachtung des Problems ergebenden Unterscheidungen. Umfaßt ist zunächst formelle und materielle Prüfung, weiter die Prüfung der Rechtmäßigkeit, die für die Feststellung der verbindlichen Kraft der Norm noch nicht entscheidend ist, sowie die Erkenntnis der Verbindlichkeit; gesagt ist zudem, daß es sich nur um eine — mittelbare oder unmittelbare — richterliche Prüfung handeln kann. In erster Linie wichtig ist aber der weitere Inhalt der Formulierung. Gegenstand der Prüfung ist das ausgefertigte und verkündete, jedoch angeblich inhaltlich oder verfahrensrechtlich fehlerhafte „Gesetz", mithin eine generelle Norm, deren Verbindlichkeit nicht ohne weiteres feststeht, die aber als in den äußeren Formen eines Gesetzes (Abdruck und Ausfertigungsvermerk im Reichsgesetzblatt) ergangen dessen gesteigerte Autorität und Geltungsanspruch teilt. Es ist in der Tat die besondere Bedeutung gerade der generellen und unmittelbar-staatlichen Norm des Gesetzes (besonders im Gegensatz zur Verordnung), die das Problem

---

[1]) Diese Gleichstellung auch bei Hecking S. 42 und den dort Genannten.

des Prüfungsrechts und die Frage der Nichtigkeitsfolge des als fehlerhaft erkannten Gesetzes in ihrer Schärfe entstehen läßt. Wittmayer hat auch hier wieder intuitiv das Richtige erfaßt, wenn er davon spricht, daß festzuhalten sei, „was bisher, bestrahlt vom mythischen Glanze der Sanktion, dem Staatsrecht neben und mit dem monarchischen Prinzip als das Allerheiligste, weil Grundlegende im Staatsleben gegolten hat“ [2]). Näher kann auf die Frage nach Begriff und Wesen des Gesetzes im Rahmen der Arbeit nicht eingegangen werden. Es genügt, festzustellen, daß das Gesetz sich insofern grundlegend sowohl vom Verwaltungsakt [3]) als auch von der Verordnung [4]) unterscheidet, als es als höchste Form staatlicher Willensäußerung eine gesteigerte Autorität genießt, die es nicht gestattet, seine Gültigkeit im Falle der Erhebung von Zweifeln an seiner Übereinstimmung mit der Verfassung ohne weiteres wie bei den anderen genannten öffentlich-rechtlichen Akten in Frage zu ziehen. Es ist dies der Grund, weshalb allgemein eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in Bezug auf die sog. „äußeren Formalien“ [5]) anerkannt wird: [6]) die unmittelbare Annahme des Vorliegens eines Nichtgesetzes [7]) ist nicht zulässig, sofern ordnungsgemäße Ausfertigung und Verkündung als äußere Merkmale eines Gesetzes gegeben sind [8]); ihr Vorliegen ist daher von dem Richter, der nur dem Gesetz unterworfen ist, auf jeden Fall zu prüfen.

Die Bedeutung der derart gefaßten Fragestellung liegt darin, daß hiermit eine Richtlinie für die Bewertung verschiedener Lösungen des Problems gegeben ist, die deren Fehler erkennen läßt. Sie wird aus diesem Grunde bei

---

[2]) Wittmayer S. 458. Vgl. dazu weiter S. 460 u. 472; auch Triepel Str. S. 93, Kelsen Staatsunrecht S. 96.

[3]) Hierzu vgl. Theisen AöR. 8, 270 oben.

[4]) Vgl. auch Laband II S. 106, Adamovich S. 19.

[5]) Seit Schack S. 30. Nicht gleichbedeutend die Ausdrucksweise bei Schelcher S. 54 u. ff.

[6]) Z. B. Mayer-Anschütz S. 739, Schack S. 103, Schelcher S. 54, Anschütz Komm. S. 323.

[7]) Auf die Unterscheidung eines nichtigen Aktes vom überhaupt nicht mehr als Staatsakt anzusehenden Vorgang weist auch Kormann System S. 207 hin.

[8]) So Anschütz Komm. 10. Auf. S. 117. — Anschütz 8. A. weist bei Art. 15 S. 79 auf die Frage hin, und läßt sie dort offen; er äußert sich aber bei Art. 19 nicht mehr dazu und verweist im einzelnen auf Triepel Str.. Anschütz 2. Aufl. hatte noch nicht Stellung genommen.

der Behandlung der Lehre der formalen Kriterien, der Schlüsse aus der Gewaltenteilung und des Verfahrens von Adamovich und seiner Nachfolger von Wert sein; dort ist im einzelnen darauf zu verweisen.

Festzuhalten ist hier im besonderen, daß die genannte Fragestellung gleichmäßig für die Fälle der mittelbaren und der unmittelbaren Nachprüfung gilt. Nach einer hiervon abweichenden, in Schrifttum und Rechtsprechung mehrfach vertretenen Auffassung [9]) soll sich dagegen die Zulässigkeit einer Prüfung als Hauptpunkt unmittelbar aus dem Umstand ergeben, daß der StGH. von der Verfassung zur Entscheidung von Streitigkeiten nichtprivatrechtlicher Art ohne irgendwelche Begrenzungen, also von Streitigkeiten jeder Art, eingesetzt [10]) sei, daß er „in erkennbarer Weise zum Hüter der Verfassung bestellt“ [11]) sei [12]). Das ist nicht richtig. Der Versuch eines Beweises mit den angeführten Argumenten bedeutet eine offene petitio prinzipii, ein Vorwegnehmen des gewünschten, aber nicht beweisbaren Ergebnisses. Mit der notwendig scharfen Trennung von ordentlichem Verfahren (mit inzidenter Prüfung) und Verfassungsgerichtsbarkeit [13]) kann ein Prüfungsrecht des StGH. nicht begründet werden. Der Unterschied ist anzuerkennen. Liegt aber eine Verfassungsstreitigkeit vor und erlaubt der Sachverhalt die Subsumtion beispielsweise unter Art. 19 Abs. 1 III, dann entsteht auch hier wieder dieselbe Frage, vor die auch der ordentliche Richter gestellt ist, und die aus dem Wortlaut und Zusammenhang des Art. 19 nicht gelöst werden kann [14]). Denn es folgt daraus keineswegs, daß für diesen besonderen Fall eine Prüfungszuständigkeit ausdrücklich anerkannt ist. Die grundlegende Fragestellung bei dem Problem des Prüfungsrechts wird — das ist das Ergebnis — mit der genannten Beweisführung überhaupt nicht getroffen. Es handelt sich letzten Endes um eine allein durch gewisse allgemeine Axiome und rechtspolitische Forderungen, insbesondere auch durch die Idee des Rechtsstaats gestützte Behauptung [15]), die gerade bei Anschütz darum verständlich ist, weil im Gebiet der Verfassungsge-

[9]) Vgl. Adamovich S. 32.

[10]) Flad S. 65.

[11]) Triepel Str. S. 93.

[12]) Ebenso Grau AöR. 11, 299. StGH. = RGZ. 112 Anh. S. 8. Reichsregierung Begründung z. Entw. S. 5. Nawiasky Grundprobleme S. 72.

[13]) Carl Schmitt Festschrift f. d. RG. S. 161 ff.

[14]) Ähnlich wie hier — unter Berücksichtigung der Einschränkunng S. 10 — das Reich im Antrag vor dem StHG.: bei Lammers S. 161/162.

[15]) Vgl. Triepel Str. S. 93!

richtsbarkeit die Folgen einer allgemeinen Ablehnung des Prüfungsrechts als zu schwer empfunden werden müssen [16]. Daß hier tatsächlich nur Behauptung gegen Behauptung stehen kann, zeigt auch die ebenfalls aus der Würdigung der besonderen Bedeutung des Problems im Zusammenhang des Art. 19 — Prüfung als Hauptfrage — entnommene Auffassung bei v. Freytagh-Loringhoven [17]. Nach seiner Ansicht kann wiederum mangels ausdrücklicher Einsetzung eines Gerichtshofs eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit als Hauptfrage nicht vorgenommen werden — unbeschadet des zugegebenen inzidenten Prüfungsrechts im ordentlichen Verfahren. — Auch der Hinweis darauf, daß der StGH. zum Hüter der Verfassung bestimmt sei, ist verfehlt. Wenn das neue Staatsgrundgesetz in ganz bestimmten Fällen eine gerichtliche Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten zuläßt, so kann nicht hieraus und mit Hilfe rechtsstaatlicher Gedankengänge ein justizförmiger „Hüter der Verfassung" konstruiert werden [18]; als solcher käme vielmehr in erster Linie der Reichspräsident in Betracht [19]. Die weitere kurze Begründung Triepels [20] ist allerdings nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Wenn Triepel dort vom Wesen von Gesetz und Verfassung und ihrem Verhältnis zueinander spricht, macht er jedoch Argumente geltend, die in einen anderen Zusammenhang gehören, nämlich zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts in ihrer Allgemeinheit, die bereits als entscheidend auch für die Frage der Zulässigkeit einer Entscheidung des StGH. bezeichnet worden ist. Die hier vertretene Ansicht kann allein als folgerichtig bezeichnet werden; sie vermeidet, wie Anschütz und v. Freytagh-Loringhoven nach der einen oder anderen Seite dem Fehler der petitio prinzipii zu verfallen. Auch Thoma [21] ist der Ansicht, daß der StGH. de lege lata [22] nur dann entscheiden kann, wenn man allen Gerichten die Prüfungszuständigkeit zugesteht. Er spricht dies ausdrücklich zwar nur für Art. 13 und 15 aus, es muß nach seinen Ausführungen aber ebenso auch

---

[16] Vgl. Anschütz 10 Aufl. S. 117.

[17] Die Weimarer Verfassung . . . S. 239.

[18] Carl Schmitt AöR. 16, 173, 211, 229. Bezeichnend auch Triepel, Veröff. StRL. V. S. 8: „Das Wesen der Verfassung steht bis zu gewissem Grade mit dem Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Widerspruch.

[19] C. Schmitt AöR. 16, 234; Thoma ebenda 4, 278.

[20] Triepel Str. S. 93/94.

[21] In AöR. 4, 284.

[22] Anders bei absoluter Zentralisierung des Prüfungsrechts wie z. B. in Österreich.

für Art. 19 gelten. Wenn der StGH. [23]) ohne weiteres seine Zuständigkeit zur Prüfung aus Art. 19 ableitet, so ist das nunmehr insofern unbedenklich, als auch das persönlich und sachlich eng mit ihm verbundene Reichsgericht seit dem 4. 11. 1925 [24]) im übrigen das Prüfungsrecht des Richters gegenüber Gesetzen grundsätzlich bejaht.

Gleichgültig, ob eine mittelbare Nachprüfung oder eine Prüfung als Hauptpunkt vorgenommen werden soll, entsteht also in jedem Fall die Frage, ob gerade gegenüber dem Gesetz als bedeutendster Art der Äußerung staatlichen Willens in allgemeiner Form einne richterliche Beurteilung der Übereinstimmung erlaubt sei.

§ 4.

Zum Verfahren der Untersuchung und zur Methodenfrage.

Im Anschluß an die Behandlung der Fragestellung, die in ihrer für alle vorkommenden Fälle echter richterlicher Prüfung gleichbleibenden Eigenart erkannt wurde, ist vor der ins einzelne gehenden Erörterung kurz auf die Frage der zur Lösung zu verwendenden Methoden einzugehen. Denn einwandfreie Begründung eines zustimmenden oder ablehnenden Standpunkts lassen sich ohne Klarheit über das in der Untersuchung anzuwendende Verfahren nicht geben. Kennzeichnend für die vielfach vorgenommene Häufung der verschiedensten, methodisch in keinem Zusammenhang stehenden Beweisgründe sind die einleitenden „grundsätzlichen Erörterungen“ bei Lang [25]). Ausgehend von der Feststellung, daß die gestellte Frage von der Verfassung nicht ausdrücklich entschieden sei, will er „untersuchen, ob sich vielleicht andere Verfassungsbestimmungen zur Entscheidung der Frage finden lassen. Sodann sind allgemein staatsrechtliche Grundsätze zur Beurteilung heranzuziehen. Neben solcher logisch-juristischen Beweisführung versucht man in neuester Zeit mit politisch-juristischen Gedankengängen im Sinne einer Allgemeinen Interessenabwägung der Lösunng näher zu kommen.“ Dabei bleibt unklar, welche methodische Bedeutung den einzelnen Gründen und Gegengründen, insbesondere der seit Thoma [26]) vielfach herangezogenen „politisch-juristischen“ allgemeinen

---

[23]) StHG. in RGZ. 107, Anh. S. 1; Anh. S. 8; 112, Anh. S. 32.
[24]) RGZ. 111, 320 ff., bes. S. 322, 323.
[25]) Lang Diss. S. 5.
[26]) AöR. 4, 267 ff., 272 ff.

Interessenabwägung zukommt [27]). Hier müssen zunächst die großen Gesichtspunkte herausgestellt werden, unter die sich alle bisher gegebenen Lösungen einreihen lassen, und nach denen auch im folgenden diese Lösungsversuche geordnet darzustellen sind.

Zwei Möglichkeiten der Behandlung des Problems sind gegeben. Es kann einmal als eine rein staatsrechtliche Frage, sodann aber — mehr von der Seite der allgemeinen Rechtslehre aus gesehen — als Frage des Rechtslebens der Rechtsgemeinschaft aufgefaßt werden [28]). Mit dieser Gegenüberstellung, die später genauer ausgeführt werden wird, ist allerdings nicht allein die Frage der anzuwendenden Methoden berührt. Auch wird damit nicht wieder die Fragestellung der Untersuchung in Zweifel gezogen. Es handelt sich vielmehr um eine Wesenserkenntnis der — möglicherweise anerkannten — richterlichen Prüfungszuständigkeit, die verschieden sein kann, wenn die Frage in den einen oder den anderen umfassenden Zusammenhang eingeordnet wird. Und hierin sind allerdings auch Unterschiede des in der Untersuchung anzuwendenden Verfahrens begründet [29]).

Ein rein staatsrechtliches Problem liegt — abgesehen von der Möglichkeit einer normlogischen Beweisführung etwa im Anschluß an Art. 13 oder 178 R. V. — insoweit vor, als das Verhältnis rechtsprechender Behörden zur rechtsetzenden Staatsfunktion zur Entscheidung steht. Damit wird das Problem zur „Frage der staatsrechtlichen Zusammenordnung der Gewalten“ [30]) — hier liegt der Ansatzpunkt für die zahlreichen Begründungen aus der Lehre der Gewaltenteilung [31]). Oder es wird, bei mehr formalistischer Betrachtungsweise, die Frage abgestellt „auf das technisch-politische Optimum der Geschlossenheit staatlicher Willensäußerung“ [32]) — in diesem Zusammenhang steht die Lehre von den formalen Kriterien, die einen endgültigen Abschluß des Gesetzgebungsvorgangs bedeuten und damit dessen Unantastbarkeit zur Folge haben könnten.

---

[27]) Vgl. Lang a. a. O. S. 29, II. Abs.!

[28]) Smend Verf. u. Verf. Recht S. 152.

[29]) Besonnders stark ausgeprägt einerseits Gerber ZfOstr. III S. 2 ff., andererseits etwa Anschütz Komm. III S. 322 oder auch Arndt, Recht 1920, S. 108.

[30]) Smend a. a. O. S. 152.

[31]) Z. B. Poetzsch, Triepel, Bühler, Hubrich, Arndt, Wittmayer, Meißner u. a. Einzelnes unten.

[32]) Smend a. a. O. S. 153.

Es zeigt sich schon hier, daß eine rein staatsrechtliche Auffassung und Behandlung des Problems sich verschiedener Methoden bedienen kann. Zunächst ist es der von Carl Friedrich von Gerber begründete, von Laband zur Vollendung gebrachte Positivismus, der in den repräsentativen Behandlungen der neuen Reichsverfassung in den ersten Jahren nach ihrem Erlaß herrschend war [33]) und der zum wesentlichen Teil die bisher überwiegende verneinende Ansicht in der Frage des Prüfungsrechts mit gleichen Mitteln auch für den neuen Rechtszustand aufrecht erhielt. Auch hier sind Richtungsunterschiede und andere Unterscheidungen festzustellen. Von Labands „juristischer Methode" ist die besondere Ausprägung des Methodenpositivismus Kelsens und der Wiener Schule zu scheiden; andererseits wird die rein normative Betrachtung im Anschluß an bestimmte Gesetzesvorschriften und eine positivistisch eingestellte dogmatische Begründungsmethode auseinanderzuhalten sein; doch braucht hier nicht näher darauf eingegangen zu werden. Daneben hat sich die teleologische Methode durchgesetzt, die vielfach für die Ausführungen Thomas [34]) ausschließlich in Anspruch genommen wurde. Sie ist insoweit durchaus als berechtigt anzuerkennen, als sie sich auf die Auslegung der immanenten Zweckgedanken der Verfassung beschränkt, die sich aus der Verfassung in ihrer seit Smend und C. Schmitt besonders hervorgehobenen „Einheitsbedeutung" [35]) klar ergeben. Wieso die Begründung bei Thoma hierüber hinausgeht [36]), wird später zu zeigen sein.

In schärfstem Gegensatz zum Rechtspositivismus [37]) stehen neu-naturrechtliche und überpositivrechtliche Gedankengänge, die im Zusammenhang einer Erörterung des Gleichheitsproblems auf der Münsterer Staatsrechtslehrertagung 1926 zum ersten Mal in einer gewissen Einheitlichkeit und Geschlossenheit als Methoden der Staatsrechtswissenschaft vertreten wurden [38]). Für die Erörterung des Problems des Prüfungsrechts spielen auch sie insofern eine Rolle, als die Frage der Grundrechte als Bindung des Gesetzgebers [39]), insbesondere

---

[33]) So insbesondere die Kommentare, vor allem Anschütz.

[34]) Im AöR. 4, 267 ff.

[35]) Gerber Z. f. Ostrecht III. S. 8.

[36]) a. a. O. S. 272 ff., bes. S. 286.

[37]) Hier in zusammenfassendem Sinne wie bei Tatarin-Tarnheyden ZöR. 7, 22 ff.

[38]) StRL. III., besonders Erich Kaufmann im Referat S. 20, u. die Aussprache S. 45, 55, 57, 58. In konsequenter Durchführung Leibholz S. 124.

[39]) Gerber a. a. O. S. 8 u. ff.!

das mit diesen Mitteln vorzugsweise behandelte Problem des Gleichheitssatzes des Art. 109 R. V. gerade hier erst zur endgültigen Entscheidung und zur praktischen Durchsetzungsmöglichkeit kommen [40]). Derartige neu-naturrechtliche Gedankengänge können heute — ohne daß hier näher auf den juristischen Methodenstreit eingegangen werden soll — insoweit als berechtigt anerkannt werden, als die Verfassung in ihrem Grundrechtskatalog eine Anzahl von Gerechtigkeits-Wertungssätzen [41]) niedergelegt hat, die als positivrechtliche Verweisung auf übergeordnete, eben überpositivrechtliche — aber damit noch nicht metajuristische [42]) — Normen erkannt werden müssen [43]). Es ist unmöglich, eine der genannten Methoden als allgemeingültig und ausschließlich der Anwendung fähig zu bezeichnen. Die positiven Rechtsnormen müssen Ausgangspunkt jeder Behandlung sein, positivistisch-dogmatische und in einem bestimmten Zweckzusammenhang liegende teleologische Grundgedanken des Verfassungsrechts sind bei ihrem Schweigen hinzuzuziehen, gegebenenfalls ist auf überpositivrechtliche Sätze zurückzugehen. In dieser Folge sind auch die bisher versuchten Lösungen darzustellen.

Der Behandlung der Frage als einer rein staatsrechtlichen ist bereits kurz ihre Einordnung in den Zusammenhang des übergeordneten Problemkreises der Rechtswirklichkeit [44]) oder — in anderer Fassung — ihre Betrachtung als Frage des Rechtsfunktionensystems gegenübergestellt worden. Von Smend ist dargelegt worden [45]), daß die Justiz im modernen Funktionenteilungssystem in gewisser Weise einen Fremdkörper darstellt, daß sie, wie Montesquieu gesagt hat, „en quelque facon nulle" sei [46]). Denn wenn sie auch im System der Staatsfunktionen ihre Stellung hat, so liegt doch ihre Bedeutung hauptsächlich darin, daß sie dem Rechts- und nicht dem politischen Integrationswert zu dienen hat [47]). Die Folge dieser Feststellung ist, daß auch für das hier zur Erörterung stehende Problem andere Wege des Verfahrens in der Untersuchung gefunden werden mußten. Als ein derartiger Versuch sind vor allem die Ausführungen Gerbers zu werten.[48]) Hierher ist aber auch — und nicht in erster Linie zum teleologischen,

---

[40]) Vgl. Aldag S. 62, Leibholz S. 123/124.
[41]) Gerber a. a. O. S. 8.
[42]) wie Kelsen, z. B. Veröff. StRL. III., S. 53/54, meint.
[43]) zu vgl. z. B. Hensel Veröff. StRL. III., S. 55/56, Tatarin-Tranheyden a. a. O. S. 39 ff., 43, im Einzelnen Hölk S. 65/67.
[44]) im Sinne Gerbers Z. f. Ostrecht III. S. 2, 14.
[45]) in Verf. u. Verf. R. S. 95 ff., bes. 98—102.
[46]) Vgl. auch C. Schmitt Verf. L. S. 184/5 u. Anm. 1 ebenda.
[47]) Smend aaO. S. 99.
[48]) Z. f. Ostr. III., S. 1 ff. Vgl. dazu unten S. 57.

rein staatsrechtlichen Verfahren — die Beweisführung Thomas zu rechnen, dessen „allseitige Interessen-Abwägung“ nicht etwa nur eine „aus dem Willen bestimmte Lösung“ [49]) oder eine Deutung der immanenten Zweckgedanken der Verfassung darstellen [50]), vielmehr eine „Abwägung formaler Rechtssicherheit gegenüber sachlicher Rechtsrichtigkeit“ [51]), also eine Betrachtung als Problem des Rechtslebens der Rechtsgemeinschaft bedeuten. Die angedeutete grundsätzliche Unterteilung des Problems, deren Betrachtung Smend als grundlegend für eine Behandlung der Frage des Prüfungsrechts bezeichnet, ist als nicht berechtigt oder als zu weitgehend angegriffen worden. [52]) Die Gefahr einer pluralistischen Auflösung des Staates, wie sie Carl Schmitt befürchtet [53]), ist aber mit der bereits bei Otto v. Gierke gefundenen Erkenntnis, daß Recht und Staat begrifflich selbständig zu erfassen seien [54]), noch nicht gegeben. Wie berechtigt die genannte grundsätzliche Unterscheidung ist, zeigt gerade das hier zur Erörterung stehende Sonderproblem des richterlichen Prüfungsrechts; erst sie ermöglicht eine zutreffende Deutung von Thomas eigenartiger Argumentation, die mit der Bezeichnung als einer voluntarisch bestimmten Lösung nicht richtig erkannt ist.

Richtig ist, wenn Smend ausführt, daß weder die Behandlung des Problems als Frage des Rechtsfunktionensystems noch auch das rein staatsrechtliche Verfahren bei einer Lösung unberücksichtigt bleiben darf. Es kann ihm jedoch nicht zugestimmt werden, wenn er es als erste Aufgabe der Erörterung ansieht, über den Vorrang des einen oder anderen Verfahrens zu entscheiden. Denn es handelt sich — gleich ob man sie in den einen oder in den anderen großen Gesamtzusammenhang stellt, stets um dieselbe Frage, deren Wesen im vorigen Paragraphen gekennzeichnet wurde. Eine eigene Entscheidung hat daher beide Möglichkeiten einer Behandlung in gleicher Weise heranzuziehen und zu beurteilen. Eine systematisch geordnete Übersicht der bisher versuchten Lösungen hat jedoch voranzugehen.

---

[49]) AöR. 4, 272. Seine Begründung bes. S. 277 u. ff.

[50]) Verkennung der Bedeutung von Thomas Begründung bei Veith S. 71, Casper S. 50/51.

[51]) Smend S. 153. Verfehlt die Würdigung dieser Methode bei Casper S. 53 u. Anm. 3 ebenda.

[52]) Zur Frage des begrifflichen Verhältnisses von Recht und Staat, die hier nicht eingehend behandelt werden kann, z. B. die Studie v. Tatarin-T. u. die von ihm in der Z. ges. StW. 85, 2 genannte Lit.

[53]) Carl Schmitt (gegen Smend) in AöR. 16, 232, Anm. 135.

[54]) Die Grundbegriffe des Staatsrechts . . . S. 30 u. 105.

I. Rein staatsrechtlichem Zusammenhang entnommene Lösungen.

A. „Juristische Methode“.

§ 5. Materialien.

Ausgangspunkt einer Behandlung der Frage der Prüfungszuständigkeit muß die Feststellung sein, ob positive Bestimmungen, insbesondere der Reichsverfassungsurkunde vom 11. VIII. 1919, einen Anhalt zur Entscheidung geben. Eine Vorschrift, die das Prüfungsrecht unmittelbar anerkennt oder ausschließt, besteht dort nicht. Und insofern hat sich der Rechtszustand gegenüber der alten Bismarckischen Reichsverfassung jedenfalls nicht geändert. Möglich könnte jedoch heute sein, aus der Entstehungsgeschichte der Reichsverfassung einen einheitlichen Standpunkt der Nationalversammlung als Verfassungsgesetzgebers zu entnehmen. Die amtlichen Entwürfe enthielten keine Bestimmung, die die Frage des Prüfungsrechts unmittelbar oder mittelbar betrifft. Im Gegensatz hierzu war in Art. 147 des Verfassungsentwurfs des Vereins „Recht und Wirtschaft“ (unter dem Einfluß von Triepel und E. Kaufmann) eine richterliche Prüfungszuständigkeit ausdrücklich anerkannt. Aus den Verhandlungen des Verfassungsausschusses [55]) läßt sich kein klares Bild gewinnen. Sie sind zudem vielfach irrtümlich gedeutet worden. Gegen Jelliniks [56]) mißverständliche Beurteilung insbesondere der in der Debatte über den Antrag Dr. Ablaß [57]) vertretenen Ansichten von Kahl und Düringer hat Theisen [58]) den Gang der Erörterungen klargelegt. Es braucht darum hierauf nicht noch einmal eingegangen zu werden. Als feststehend kann angesehen werden, daß sich im Ausschuß der Nationalversammlung die Meinungen für und gegen das Prüfungsrecht mit der gleichen Stimmenzahl gegenüberstanden, daß auf eine abschließende Stellungnahme verzichtet wurde. [59]) Der bereits erwähnte Antrag Ablaß-Sinzheimer-Beyerle zu Art. 108/172 [60]), der ein Prüfungsrecht des StGH. festlegen, aber — wie sich aus

[55]) Prot. Verf. Aussch., 39. Sitzung 6. VI.1919, Aktenstück 391, S. 483 bis 486.

[56]) DJZ. 1921, S. 753.

[57]) Nr. 273, zu Art. 114/114a.

[58]) im Arch. öff. Recht 8, 261 ff., 268/9. Vgl. auch Nützenadel S. 9 ff.

[59]) Abg. Beyerle in Prot. aaO. S. 486r.

[60]) Nr. 273 der Drucksachen, Antrag zu Art. 114/114a der Regierungsvorlage v. 21. II. 19, Aktenstück 59. Abgelehnt: Verf. Aussch. S. 486r.

dem in der Sitzung gestellten Eventualantrag ergibt[61]) — zugleich eine inzidente Prüfung ausdrücklich unmöglich machen wollte, wurde abgelehnt. Ein in der 2. Lesung des Plenum gestellter Antrag Dr. Naumann-Hofer und Waldstein zu dem jetzigen Art. 13 II[62]), der eine beim Reichsgericht zentralisierte Prüfungszuständigkeit vorsah, wurde zurückgezogen oder für später zurückgestellt; er ist jedoch nicht wieder aufgenommen worden. Dagegen ist der Antrag Dr. Ablaß in der 2. Lesung in der ursprünglichen Form des Antrags Nr. 273 des Verf. Aussch. wiederum gestellt worden[63]); er wurde aber zurückgezogen, wobei sich die Antragsteller vorbehielten, ihn in der dritten Lesung in abgeänderter Form neu vorzubringen, was in der Folge jedoch nicht geschah. Wenn die Frage, die in der Praxis bald zur Entscheidung führen mußte, von der Nationalversammlung als dem Verfassungsgesetzgeber bewußt offen gelassen wurde[64]), so muß daraus geschlossen werden, daß eine Lösung von der Wissenschaft und in erheblichem Maße auch von der Rechtsprechung erwartet und gewünscht wurde.[65])

Bei den Beratungen des ersten Reichstags über das Gesetz über den Staatsgerichtshof v. 9. VII. 21 wurde die Frage des Prüfungsrechts noch einmal behandelt. Der in der ersten Lesung[66]) und im Ausschuß[67]) von Radbruch gestellte und begründete Antrag, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs auch auf das hier zur Erörterung stehende Gebiet auszudehnen, wurde schon in der ersten Lesung des Ausschusses abgelehnt[68]); ein entsprechender Antrag wurde bei der 2. und 3. Lesung im Plenum nicht wieder gestellt.[69]) Späterhin wurde im Reichsministerium des Innern ein eigener „Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts" ausgearbeitet und dem Reichstag durch Minister Külz in der III. Wahlperiode[70]) vorgelegt. Er kam nicht zur Verhandlung. Zur Zeit liegt ein gleichlautender und mit der gleichen Begründung versehener Antrag des damaligen Reichs-

---

[61]) Nr. 441 der Drucksachen. Zurückgezogen: Niederschrift d. 45. Plenarsitzung S. 1254 r, 1255 l.

[62]) Prot. Verf. Aussch. S. 483.

[63]) Nr. 427 der Drucksachen. Vgl. Niederschrift der 53. Sitzung, S. 1463 l. Zurückgezogen: S. 1488 l ebenda.

[64]) so auch Wittmayer S. 458.

[65]) Waldecker: „Entscheidung dem Leben überlassen." AöR. 13, 82.

[66]) Reichstag I. Wahlp. Aktenstück 345, S. 1127/1128.

[67]) Zu Reichstag. I. Wahlp. Aktenstck. 1592, S. 1138 l.

[68]) Aktenstck. 1592, S. 1138, 1147, 1148.

[69]) Vgl. Aktenstck. 350, S. 4064, 4127, 4271.

[70]) Reichstag III. Wahlp. Nr. 2855.

innenministers Severing vor. [71]) Mit seiner Annahme würde die streitige Frage praktisch beseitigt sein. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß weder unmittelbar aus dem Wortlaut der Verfassung noch aus den Materialien Anhaltspunkte für eine Lösung des Problems entnommen werden können.

Im Folgenden sind zunächst die im Anschluß an weitere positiv-rechtliche Bestimmungen mit Hilfe der juristischen Methode versuchten Lösungen zu behandeln.

§ 6. Art. 13 R. V.

Nach der alten Reichsverfassung von 1871 waren Begründungen durch Analogie- oder Umkehrschlüsse aus Vorschriften, die eine irgendwie geartete Prüfung durch Gerichte vorsahen, nicht möglich gewesen. Erst die Verfassungsveränderung des Jahres 1929 hatte zur Folge, daß der Versuch unternommen wurde, aus dem Inhalt der geschriebenen Verfassungsurkunde eine Entscheidung über die bisher umstrittene Frage des richterlichen Prüfungsrechts unmittelbar zu entnehmen oder doch wenigstens mittelbar Schlüsse zu ziehen. Bald nach Inkrafttreten der neuen Verfassung hat zunächst Arndt [72]) gemeint, aus dem Zusammenhang des Art. 13 II die ablehnende Stellungnahme zum Problem des Prüfungsrechts herauslesen zu können. Auch wenn in Betracht gezogen wird, daß die verfassungsgebende Instanz das Problem des Prüfungsrechts bewußt offen gelassen hat [73]), muß grundsätzlich ein derartiger Schluß aus der nun einmal in der Verfassung stehenden positiven Bestimmung für zulässig erachtet werden. [74]) Die inhaltliche Richtigkeit der Beweisführung, die mit Recht bestritten ist [75]), ist damit noch nicht zugegeben. Art. 13 II gibt die Möglichkeit einer autoritativen Entscheidung in — abstrakten — Zweifelsfällen über die Vereinbarkeit von Reichs- und Landesrecht; es wird daraus umgekehrt geschlossen, die Prüfung eines Reichsgesetzes auf seine Gültigkeit und Verbindlichkeit sei Sache nicht eines Gerichtshofs, sondern allein des Reichsgesetzgebers. Mit dieser Beweisführung wird eine Sonderbestimmung herausgegriffen [76]),

---

[71]) Reichstag IV. Wahlp. Nr. 382.

[72]) Recht 1920, S. 108 u.

[73]) Prot. Verf. Aussch., 39. Sitzung, 6. 6. 1919, Aktenstück 391, S. 486. (Abg. Beyerle.)

[74]) A. A. Hecking S. 19. Auch Morstein-Marx, AöR. 6, 219 unterscheidet nicht genügend klar den „Willen des Verfassungsgebers" von der tatsächlich gegebenen Verfassung.

[75]) Zuerst wohl von Adamovich S. 66.

[76]) Adamovich aaO.

die die Frage der materiellen Übereinstimmung von Landesgesetz und Reichsgesetz, also von im Verhältnis der Über- und Unterordnung stehenden Normen, zum Gegenstand hat. Schon aus diesem Grunde muß sehr fraglich erscheinen, ob es möglich ist, hieraus einen Schluß auf eine völlig anders geartete Sachlage, auf die Bedeutung verfassungswidriger Reichsgesetze, zu ziehen.[77]) Allein deshalb, weil eine Prüfungszuständigkeit in einem, den Fall des Art. 13 II mit umfassenden allgemeinen Sinne in dieser Bestimmung ausdrücklich festgelegt ist, kann das Prüfungsrecht in seiner eigentlichen Bedeutung, die durch die Frage nach dem Verhältnis von Gesetz und Verfassung innerhalb eines einheitlichen Staates gekennzeichnet ist[78]), nicht durch Umkehrschluß abgelehnt oder auch durch Analogieschluß zugegeben werden.

Letztlich einschneidend ist jedoch noch ein anderer Gesichtspunkt, der in erster Linie gegen Wittmayer angeführt wird. Wittmayer[79]) schließt, ähnlich wie Arndt, aus Art. 13 II im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Ausführung dieses Artikels vom 8. 4. 1920: Wenn verfassungswidrige Landesgesetze i p s o i u r e null und nichtig seien, dann müßten verfassungswidrige Reichsgesetze ebenso behandelt werden. Die Nichtigkeit sei, und zwar nur für den ersten Fall, folgerichtig ausdrücklich ausgesprochen. Auch sei mit gutem Grunde bestimmt, daß der Beschluß des RG. nach § 3 III des Ges. v. 8. 4. 20 Gesetzeskraft habe; „das . . . mußte geschehen, weil eine richterliche Entscheidung, die auch nur Landesgesetze außer Kurs setzen will, unfehlbar mindestens Rang und Wirkung eines ordnungsgemäß verkündeten Reichsgesetzes teilen muß.“[80]) Wittmayers Ansicht ist deshalb unrichtig, weil das Prinzip der „unmittelbaren Rechtskontrolle“[81]), das in Art. 13 II eine praktische Anwendung findet, einen ganz anderen Tatbestand betrifft als die mittelbare des ordentlichen Richters oder auch des Staatsgerichtshofs im Verfahren nach Art. 19, der die praktisch wichtigste Möglichkeit einer richterlichen Prüfung im Gebiet der Verfassungsgerichtsbarkeit[82]) gibt. Auch wenn man für den Sonderfall, daß Verfassungswidrigkeit eines Reichsgesetzes vor dem Staatsgerichtshof behauptet wird, in seiner Entscheidung über diese Frage als Hauptpunkt im Verfahren nach Art. 19 einen Fall der unmittelbaren Rechts-

---

[77]) Vgl. Schelcher S. 76 a. E. (67) und Stier Somlo Verfassung Komm. S. 58/59.

[78]) Vgl. Gerber-Ostrecht III S. 1 u. ff.

[79]) S. 461 u. 211. Nicht auch Thoma in AöR. 4, 285, wie Hecking S. 18, Anm. 2 irrtümlich annimmt.

[80]) Wittmayer S. 461.

[81]) Morstein-Marx, AöR. 6, 220.

[82]) Im Sinne von Triepel, Veröff. V S. 4.

kontrolle sehen will[83]), muß beachtet werden, daß auch dann noch der Umfang der Zuständigkeit der Art. 19 und 13 ein verschiedener ist.[84]) In einem Falle genügt als Voraussetzung eine abstrakte Meinungsverschiedenheit, im andern muß eine konkrete Rechtsstreitigkeit und damit ein besonderes Rechtsschutzinteresse eines als Partei Beteiligten bestehen. Die Festlegung des Art. 13 II RV. in Verbindung mit dem Gesetz vom 8. 4. 20 als Anwendungsfall der unmittelbaren Rechtskontrolle läßt erkennen, daß hier wesentlich ein aufsichtsrechtliches Institut im Rahmen einer bundesstaatlichen Verfassung in Frage steht.[85]) Eine derartige Sonderbestimmung kann mit der Frage der Übereinstimmung von Verfassung und Gesetz innerhalb eines Gesamtstaates als solchem nicht in eine Linie gebracht werden; Ähnlichkeits-[86]) oder Umkehrschluß sind aus diesem Grunde unstatthaft. Wenn ausgeführt wird, daß auch Art. 19 eine bundesstaatsrechtliche Einrichtung darstellt[87]) und insofern dann ein dem des Art. 13 II ähnlicher Fall vorliegt, wenn vor dem Staatsgerichtshof in der Hauptsache die Gültigkeit eines angeblich verfassungswidrigen Reichsgesetzes angezweifelt wird, dann ist dem entgegenzuhalten, daß im Aufsichtsverfahren nach Art. 13 II mit Gesetzeskraft nur über die Gültigkeit einer dem Reichsrecht untergeordneten Norm des Landesrechts entschieden wird[88]); weil nach Art. 19 rechtskräftig die Gültigkeit des Reichsgesetzes beurteilt werden soll, ist eine Parallele hier unmöglich. Im Wesen bundesstaatsrechtlich ist nur das Institut des Art. 19, nicht aber, wie im Fall des Art. 13 II, auch der Gegenstand der zu entscheidenden Streitigkeit.

Gerber, der sich — in umfassenderem Zusammenhang — ebenfalls des Art. 13 bedient, um das Bestehen des Prüfungsrechts zu folgern, hat den aufsichtsrechtlichen Charakter des Instituts erkannt und zur Beweisführung ver-

[83]) Wie im Ergebnis StGH. in RGZ. 112 Anh. S. 8 und Triepel Streitigkeiten S. 92.

[84]) Morstein-Marx AöR. 6, 220.

[85]) Gerber, Ztschr. f. Ostrecht III S. 16, Hecking, S. 19, Morstein-Marx AöR. 6, 220, Anschütz, Handbuch § 32 S. 366 u. 372. Abweichend Lassar AöR. 1, 106, weil er die nur untergeordnete Bedeutung der Präjudizialfrage der Gültigkeit des Reichsgesetzes, dem das zu prüfende Landesgesetz widerstreitet, nicht erkennt, u. Triepel, Str. S. 67/68.

[86]) So — ohne näheres Eingehen auf das Problem — Görres in JW. 1924 S. 1565.

[87]) Das kann nicht näher ausgeführt werden. Vgl.: Triepel Str. S. 49, C. Schmitt in AöR. 16, S. 204.

[88]) Triepel Str. S. 91 u. Schelcher S. 27. Wittmayer S. 210.

wertet.[89]) Er geht aus von einer Würdigung der Befugnisse des Reichspräsidenten nach Art. 70 R. V. Hiernach habe der Präsident neben der Verpflichtung zur Ausfertigung und Verkündung beschlossener Reichsgesetze die Pflicht zur Prüfung dieser Gesetze auf ihre inhaltliche und verfahrensrechtliche Übereinstimmung mit den Normen der Verfassung. Diese „Vor-Prüfung“[90]), deren aufsichtsrechtlichen Charakter Gerber im Vergleich mit gewissen ähnlichen verwaltungsrechtlichen Erscheinungen[91]) entwickelt[92]), wird als eine Art vorläufiger[93]) Rechtsschutztätigkeit aufgefaßt.[94])

Gerber folgert daraus, daß sowohl im Spezialfalle des Art. 13 II R. V. als auch allgemein bei Reichsgesetzen neben einer einerseits nach Art. 15, andrerseits nach Art. 70 zulässigen „Beanstandung“ Raum sei für die endgültige richterliche Nachprüfung, ja daß diese sogar damit vorausgesetzt werde.[95]) Wenn der Fall des Art. 15 II ausdrücklich geregelt sei, so beruhe das auf praktischen Gründen, die eine Ausdehnung der Rechtskraftwirkung[96]) erforderten. Der Entwurf[97]) wolle nur das entstandene Bedürfnis nach einer ähnlichen praktischen Regelung für den Fall der Nachprüfung von Reichsgesetzen — und damit nach einer Zentralisierung des Prüfungsrechts durch Schaffung eines einheitlichen Rechtsschutzmittels gegen die Entscheidung des Reichspräsidenten befriedigen.[98]) Anders als Arndt und Wittmayer, die, was nach dem Wortlaut und Zusammenhang des Art. 13 wohl als das Nächstliegende erscheint, einen Umkehrschluß ziehen, zieht Gerber damit einen direkten Schluß aus Art. 13 auf das Vorhandensein des Prüfungsrechts. Er übersieht aber hierbei doch wieder — ebenso wie die genannten Schriftsteller — daß aus einem bundesstaatsrechtlichen Institut, das Art. 13 darstellt, für ein unitarisch-innerstaat-

---

[89]) Gerber im Ostrecht III S. 15—18.

[90]) Morstein-Marx Variationen S. 80.

[91]) Z. B. § 140 östl. Landgem. O. und ähnl. Bestimmungen der Kreis-, Städte- und Provinzial-Ordnungen. Gegen diese aufsichtsrechtlichen Beanstandungen steht die Klage im Verwaltungsstreitverfahren offen. Ähnliche Beispiele bringt Morstein-Marx.

[92]) Über die Zweckmäßigkeit des Vergleichs der Institute öffentl. rechtl. Aufsicht im allgemeinen vgl. Smend S. 134/35.

[93]) Vgl. auch Poetzsch Komm.; S. 310 unter 3a.

[94]) Eine derartige gerichtliche „Vorprüfung“ befürwortet de lege ferenda Bredt, Z. ges. StW. 82, 448.

[95]) Gerber aaO. S. 15/17.

[96]) Vgl. Ges. z. Ausf. d. Art. 13 v. 8. 4. 1920 § 3 III.

[97]) Reichstag IV. Wahlperiode Nr. 382, ebenso schon Reichstag III. Wahlperiode Nr. 2855.

[98]) Gerber aaO. S. 18.

liches Problem [99]) nichts gefolgert werden kann. Auch die genannten grundsätzlich richtigen Parallelen aus dem Verwaltungsrecht können nicht entscheiden; denn es handelt sich dort um ausdrückliche Regelungen für die Tätigkeit der Verwaltungsrechtsordnung, die mangels gesetzlichen Anhalts nicht auf staatsrechtliche Sonderprobleme übertragen werden können: besteht schon der dargelegte Unterschied zwischen bundes- und innerstaatsrechtlichen Zusammenhängen, so ist auch im Verhältnis einer unitarisch-innerstaatlichen Reichsaufsicht im Sinne Gerbers zur Kommunalaufsicht eine tiefgreifende Wesensverschiedenheit festzustellen. Hier die ausgeprägte herrschaftliche Überordnung staatlicher Organe über die mit Selbstverwaltung ausgestatteten Körperschaften [100]); dort die für Erledigung der eigenen Organtätigkeit nötige Vorprüfung der Akte eines — wenn nicht allein [101]), so doch mit anderen zusammen — an erster Stelle stehenden obersten Reichsorgans durch ein neutrales, zwischen den höchsten Gewalten vermittelndes Organ. [102]) Der in allen drei Fällen gleicherweise vorhandene aufsichtsrechtliche Gesamtzusammenhang stellt angesichts dieser Verschiedenheiten kein ausreichendes Vergleichsmoment dar. — Auch die Ansicht von Bredt [103]) der allerdings nicht klar erkennen läßt, inwieweit er dem Art. 13 entscheidende Bedeutung beimißt, ist aus den gleichen Gründen — der Verkennung des Wesens des Art. 13 — zurückzuweisen. Richtig ist aber, und das ist das Bedeutungsrolle gerade an Gerbers allgemeinen Betrachtungen des Rechtsschutzes öffentlich-rechtlicher Akte, die Erkenntnis, daß gegebene aufsichtsrechtliche Befugnisse das Bestehen eines richterlichen Prüfungsrechts nicht ausschließen, wie Wittmayer und Arndt annehmen.

Der gleiche Unterschied bundesstaatsrechtlicher und unitarisch-innerstaatlicher Institute, dessen Anerkennung einen Ähnlichkeits- oder Umkehrschluß aus Art. 13 verbietet, findet sich auch im Rechte des Alten Reiches etwa des 17.-18. Jahrhunderts. Dort bestand eine ähnliche eigenartige Gegenüberstellung zweier höchster Gewalten, ein Ineinandergreifen, Neben- und zugleich Übereinander verschiedener Staatsgewalten wie im modernen deutschen Bundesstaat. Nicht von Bedeutung für einen Vergleich sind die vorhandenen staatsrechtlichen und geschichtlichen Unterschiede. Wichtig ist aber die Feststellung, daß im Alten Reich ein richterliches Prüfungsrecht im ganz allgemeinen Sinne derart bestand,

---

99) Unterscheidung im Anschluß an Carl Schmitt in AöR. 16, 204.
100) Smend S. 135, anläßlich einiger Bemerkungen zum Unterschied bundesstaatlicher und kommunaler Aufsicht.
101) So Schack S. 118/19.
102) C. Schmitt AöR. 16, 234, Thoma AöR. 4, 278.
103) Z. ges. StW. Bd. 82 (1927) S. 446 f. und 452.

daß Gerichte des Reichs (Reichskammergericht und Reichshofrat) über die Gültigkeit territorialer Normen entscheiden konnten[104]), wenn auch diese Befugnis mit der fortschreitenden Auflösung des Reichs in der Praxis ihre Bedeutung verlor. Ein Prüfungsrecht im eigentlichen Sinne auf Vereinbarkeit reichsrechtlicher Normen mit der Verfassung bezw. Wahlkapitulation dagegen bestand als Zuständigkeit zur Prüfung auf inhaltliche Übereinstimmung überhaupt nicht, auf verfahrensrechtliche Übereinstimmung nur kraft ausdrücklicher[105]) Bestimmung in Art. 16 § 11 der capitulatio perpetua von 1711.[106])

Als Ergebnis der Ausführungen zu Art. 13 II ist folgendes festzuhalten: Diese für die Frage des richterlichen Prüfungsrechts wichtigste positivrechtliche Bestimmung kann nach ihrem einheitlichen und klaren, durchaus einmaligen Charakter — aufsichtsrechtliches Institut in bundesstaatsrechtlichem Zusammenhang — einen Anhalt zur Entscheidung nicht geben. Sie spricht weder für noch gegen das Bestehen der Prüfungszuständigkeit.

§ 7. Kurzer Hinweis auf preußisches und bayerisches Recht.

Mit Art. 13 sind die reichsrechtlichen Bestimmungen, die einen unmittelbaren Schluß auf die Frage des Prüfungsrechts ermöglichen könnten, bereits erschöpft. Allein Art. 178 II ist noch gelegentlich als Grundlage eines Ähnlichkeitsschlusses herangezogen oder als unmittelbar-entscheidende Verfassungsvorschrift angesehen worden.[1]) Wenn dort auch von einer Prüfung von Gesetzen auf Übereinstimmung mit der neu erlassenen Verfassung die Rede ist, so kommt doch diese Bestimmung als entscheidender Beweisgrund nicht ernstlich in Frage, weil sie allein eine Regelung des Rechtsüberganges bedeutet.[2]) Das zeigt schon die Stellung der Vorschrift im Zusammenhang der Übergangs- und Schlußbestimmungen der Art. 166 ff. der Verfassung. Richtig ist aber, daß die in Art. 178 verlangte Prüfung eine allgemeine Prüfungszuständigkeit der Gerichte nicht ausschließt. Anders als in Preußen (Verfassungsurkunde v. 14. 11.

---

[104]) Gneist IV. Dsch. Jur. Tg. S. 227 u. 223. Schack S. 42.

[105]) Gneist aaO. S. 225. Auch dies noch bestritten: Schack S. 44/45 u. die dort Anm. 4 u. 5 zitierten.

[106]) Project einer gewissen u. beständigen kayserl. Wahl-Capitulation v. 8. VII. 1711. Vgl. Zeumer Quellensammlung S. 474 (486).

[1]) Vgl. Görres in JW. 1924, 1565, Theisen AöR. 8, 272.

[2]) Ebenso Schelcher S. 66 Anm. 2.

1920, Art. 61) [3]) und Bayern (Verfassungsurkunde v. 14. 8. 1919, § 72) [4]), auf die hier kurz eingegangen werden soll, ist also keine klar erkennbare reichsrechtliche Regelung getroffen worden. Für Preußen ist die Bedeutung der genannten Vorschrift allerdings wieder bestritten. [5]) Will man in ihr nicht die Anerkennung der Prüfungszuständigkeit sehen, so ist doch wiederum andererseits kein Raum für die entgegengesetzte Anschauung. Allenfalls läßt sich annehmen, daß ebenso wie in der Reichsverfassung eine Entscheidung der bestrittenen Frage überhaupt nicht gegeben worden ist. [6]) Es soll über das Problem in seiner Behandlung nach preußischem Verfassungsrecht hier jedoch nicht näher gesprochen werden. Wenn § 72 der bayer. Verfassung den Landesgerichten das Recht und die Pflicht gibt, die formelle und materielle Reichsverfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen [7]), dann muß diese Bestimmung wohl mit Anschütz [8]) als im Widerspruch mit der Reichsverfassung stehend angesehen werden, weil eine solche Regelung nur der Reichsgesetzgeber treffen könnte. Auch hierzu kann nicht im Einzelnen Stellung genommen werden. Hingewiesen sei jedoch noch darauf, daß eine Entscheidung der Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Reichsgesetzes als Hauptpunkt vor dem bayerischen Landes-Staatsgerichtshof, der dem § 72 d. bayr. Verf. Urk. untersteht, nach dem Inhalt der Zuständigkeitsbestimmung des bayrischen Gesetzes über den Staatsgerichtshof vom 11. 6. 1920, § 2, nicht in Frage kommt [9]); damit ist die Gefahr eines Konflikts über die Frage der Gültigkeit des § 72 der bayr. Verfass. Urk. insofern stark herabgemindert, als nur noch eine inzidente Prüfung darauf gestützt werden könnte, hierbei aber nicht Gegensätze von der Bedeutung entstehen, wie sie im Falle einer allgemein mit starker Autorität wirkenden Hauptentscheidung des Landes-Staatsgerichtshofs vorliegen würden.

---

[3]) „Ein Gesetz ist verbindlich, wenn es verfassungsmäßig zustandegekommen und vom Statsministerium in der vorgeschriebenen Form verkündet worden ist."

[4]) „Die mit der Rechtspflege betrauten Behörden prüfen bei ihren Entscheidungen, ob ein anzuwendendes Gesetz nicht mit einer Bestimmung der Verfassung des Deutschen Reiches, dieser Verfassung oder einem anderen Verfassungsgesetz in Widerspruch steht."

[5]) Vgl.Thoma AöR. 4, 283 Anm. 11.

[6]) Thoma aaO. mit Hinweis auf Schack AöR. 2, 165 u. 169 Anm. 26.

[7]) Vgl. Nawiasky Bayr. Verf. Recht S. 375.

[8]) Anschütz in Verw. Arch. 30, 348. Ebenso Thoma AöR. 4, 284, Radbruch, Justiz I, 13.

[9]) Vgl. dazu näher Emig AöR. 14, 68 ff., und Nawiasky Bayr. Verf. Recht S. 466/467.

§ 8. Die Lehre der formalen Kriterien.

Mit den vorstehenden Bemerkungen soll die Behandlung der wenigen vorhandenen landesrechtlichen Bestimmungen abgeschlossen und nunmehr auf die weiteren vertretenen Meinungen in der Frage des Prüfungsrechts eingegangen werden. Auch diese stützen sich in der Begründung auf positivrechtliche Bestimmungen, insbesondere auf die Art. 70 und 102 R. V. Direkte Folgerungen, Analogie- oder Umkehrschlüsse sind hierbei nicht möglich. Die Ansichten, die im Folgenden betrachtet werden sollen, nehmen daher ihren Ausgang wesentlich von allgemeinen Überlegungen, die bereits für das alte Verfassungsrecht angestellt worden waren. Hier soll zunächst die von Laband begründete und, wie wohl gesagt werden kann, klassische Theorie behandelt werden, die im Zusammenhang der Lehren von den formalen Kriterien steht, und die in ihrer Fragestellung und in ihrer Methode die Grundlage dieses Zusammenhanges geschaffen hat.

Die von Laband und seinen Nachfolgern, insbesondere Anschütz, vertretenen und für das heutige Recht grundsätzlich wieder von Jeschke und Müller entwickelten Lehren der formalen Kriterien [1]) stehen in einer gewissen Verbindung mit Art. 70 R. V. Ihren gemeinsamen Ausgangspunkt zeigt folgende Überlegung. Nach Art. 102 R. V. ist der Richter dem Gesetz unterworfen. Maßgebend für ihn ist daher nur eine solche generelle Rechtsnorm, die sich als Gesetz darstellt. Ob aus dem Verhältnis der rechtsprechenden zur gesetzgebenden Funktion im Staate, das mit Art. 102 allein nicht völlig klar geordnet wird, eine weitergehende Befugnis zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes folgt, kann hier noch offen bleiben; sicher ist, und das ergibt sich aus dem vorhergehenden Satz, daß der Richter festzustellen hat, ob eine Anordnung vorliegt, die als Gesetz bezeichnet werden kann. Allgemein anerkannt ist daher ein daraus folgender Mindestumfang der Prüfung [2]), der die sog. „äußeren Formalien“ [3]) umfaßt. Wie weit hier zu gehen sei, wird allerdings verschieden beurteilt. Unbestritten [4]) ist die Prüfung des ordnungsgemäßen Vorgangs der Verkündung,

---

[1]) Laband S. 42 ff., insbes. S. 44/45; Meyer-Anschütz S. 736 f., insbes. S. 741; Anschütz Komm. S. 322; Jeschke S. 13 ff., 103; Müller S. 29 ff.

[2]) Z. B. Meyer-Anschütz S. 739; Schack S. 103; Schelcher S. 54; Anschütz Komm. S. 323.

[3]) seit Schack S. 30. Nicht gleich bedeutend die Ausdrucksweise bei Schelcher S. 54 u. ff.

[4]) statt Aller: Anschütz Komm. S. 323.

denn er ergibt den ersten äußeren Anhalt dafür, daß ein Gesetz vorliegt. Dieser Akt begründet eine Vermutung der Kenntnis des Normunterworfenen [5]); von ihm macht auch Art. 71 das Inkrafttreten abhängig. [6]) Weitergehend wird angenommen, auch die Gegenzeichnung des Ministers und die Ausfertigung durch den Reichspräsidenten müsse — allerdings nur im Zweifelsfalle, da jeder Staatsakt selbst eine Vermutung seiner Gültigkeit begründe [7]) — geprüft werden. Erstere, weil nach Art. 50 R. V. jede Anordnung oder Verfügung des Reichspräsidenten zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung bedarf, letztere, weil Übereinstimmung der Verkündung mit der Ausfertigung bestehen müsse, die beide den authentischen Text enthielten. [8]) Beide Ansichten zeigen, worauf es für die Vertreter der Theorie der formalen Kriterien ankommt: Die Gültigkeit einer Norm kann bei vorliegender Rechtswidrigkeit nicht ohne weiteres angenommen werden. Es muß geprüft werden, ob die Anordnung als verbindlich anzusehen ist. Daher ist ein gewisser Mindestumfang der Prüfung anzuerkennen. Denn sonst würde gegebenenfalls ein rechtlich völlig unerheblicher Akt als gültig betrachtet werden. [9]) Fraglich ist aber angesichts des Geltungsanspruches eines wenigstens ordnungsgemäß verkündeten Gesetzes, ob und wie weit sein Zustandekommen und seine inhaltliche Übereinstimmung mit der Verfassung geprüft werden darf über die auf der Verkündung im Reichsgesetzblatt beruhende Feststellung, daß ein — wenn auch fehlerhaftes — „Gesetz“ vorliegt, hinaus. Hieraus ergibt sich die den Vertretern der verschiedenen formalen Merkmale gemeinsame Fragestellung: Bestehen solche Merkmale, aus denen sich das Vorliegen der Rechtmäßigkeit und damit Verbindlichkeit oder auch nur der unbedingten Verbindlichkeit für den Richter unzweifelhaft ergibt auch trotz möglicherweise objektiv vorhandener Widerrechtlichkeit in Bezug auf Zustandekommen oder auch Inhalt der Anordnung? Und wenn dies der Fall ist, welche Umstände kommen hierfür in Betracht, welche sind entscheidend? [10])

In erster Linie kommt die Verkündung, Art. 70 R. V., als von der Verfassung bestimmtes Merkmal der Gültigkeit des Gesetzes in Betracht. Die Zulässigkeit ihrer Prüfung ist, wie schon gesagt, unbestritten. Fraglich ist nur, ob eine ordnungsgemäße Verkündung für die Feststellung der Verbindlichkeit

---

[5]) Schack S. 29.
[6]) Schelcher S. 58; vgl. Otto Mayer I. S. 94, 2.
[7]) Vielfach hervorgehoben seit O. Mayer I. S. 95 u. .
[8]) Jeschke S. 13/14.
[9]) Schack S. 103, Schelcher S. 54.
[10]) ähnlich die Fragestellung bei Laband II S. 45; Schack S. 106; Jeschke S. 13; Müller S. 30.

des Gesetzes genügt [11]), m. a. W. ob nicht eine weitere Prüfung vor der Verkündigung liegender Umstände erforderlich ist. Die erstere Frage ist zu verneinen; eine solche weitere Prüfung ist allerdings nötig. Eine die Gültigkeit des Gesetzes unwiderleglich feststellende Wirkung kann ohne positiv-rechtliche Anordnung nicht aus dem Wesen der Verkündung abgeleitet werden. Ihr Sinn ist vielmehr, dem Normadressaten die Kenntnis des gesetzlichen Befehls zu ermöglichen, zum mindesten eine Vermutung der Kenntnis zu begründen. [12]) Daher ist die Verkündung von entscheidender Bedeutung nur für die Frage, ob eine generelle Anordnung im Rechtsleben als Gesetz überhaupt angesehen werden kann, nicht auch für die Frage, ob ihr ordnungsmäßiges Vorliegen notwendig zur Folge hat, daß die Gültigkeit des Gesetzes anerkannt werden muß. [13])

Von größter Bedeutung auch für den derzeitigen Stand der Streitfrage ist die von Laband [14]) begründete, kurz sog. Ausfertigungstheorie. Laband hat — allerdings unter Hinweis [15]) auf mögliche Verbindungen verschiedener Akte in der Praxis der einzelnen Verfassungen — zuerst in Bezug auf den Weg der Gesetzgebung eine Reihe von Vorgängen systematisch scharf voneinander geschieden. Er teilt das Verfahren der Legislative ein in Feststellung des Gesetzesinhalts, Sanktion, Ausfertigung (Promulgation) [16]) und Verkündung. [17]) Die Ausfertigung, deren für ihn feststehendes Wesen er aus der Verfassungsgeschichte zu entwickeln versucht [18]), hat bei Laband grundsätzlich eine gegenüber den anderen Stufen des Gesetzgebungsvorgangs besondere, gesteigerte Bedeutung. Sie bekundet „in formal unanfechtbarer und rechtswirksamer Weise, daß das Gesetz verfassungsmäßig zustandegekommen ist.“ [19]) Damit ist die Frage des richter-

---

[11]) ausdrücklich in neuerer Zeit wohl nur: Lukas Recht 1907, 674; Sieburg Preuß. Verw. Bl. 32, 310.

[12]) so auch Schack S. 174, Lang S. 19.

[13]) ebenso Jeschke S. 21.

[14]) Laband II S. 44 u. ff.

[15]) so z. B. S. 19.

[16]) Labands Gleichsetzung der Begriffe der Promulgation und der Ausfertigung ist entgegen der Ansicht von Weyr in ZöR. VI, 354/355 u. Anm. 1 ebenda berechtigt, sofern nicht die Ausfertigung nur als völlig unbedeutendes Unterschreiben oder auch wesentlich als Publikationsbefehl (Giese Komm. VI., 211) verstanden wird. Gleichbedeutender Gebrauch z. B. auch bei Gg. Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 321 u. Anm. 11 ebenda.

[17]) Laband II S. 4, 13 ff., 22.

[18]) ebenda S. 13 ff.

[19]) ebenda S. 44, auch S. 13. Einfache Vermutungswirkung schon bei von Mohl RStR. S. 291 ff.

lichen Prüfungsrechts [20]), und zwar insbesondere die Frage der Zulässigkeit der formellen Prüfung [21]), in verneinendem Sinne entschieden. Aber auch das materielle Prüfungsrecht ist damit zugleich von Laband abgelehnt. Die Beurkundungswirkung der Ausfertigung umfaßt für ihn nicht allein die Frage der verfahrensrechtlichen Übereinstimmung des Gesetzes mit der Verfassung; sie bedeutet vielmehr auch das Ergebnis und die Folge einer durch den Ausfertigenden vorgenommenen inhaltlichen Prüfung. Die „Vorprüfung", die sich aus Art. 70 R. V. bezw. aus Art. 17 der alten R. V. ergibt, wird somit zur endgültigen Prüfung und unanfechtbaren Feststellung der Rechtmäßigkeit des Gesetzgebungsverfahrens. Labands Ansicht, die die Unzulässigkeit der Prüfung wesentlich auf das Institut der Ausfertigung gründete, ist neben vielen anderen bis in die neueste Zeit vor allen Anschütz [22]) gefolgt; der Meinungsstreit knüpft daher im Schrifttum in der Regel an Art. 70 an.

Labands Auffassung ist jedoch nicht haltbar. Triepel macht ihr mit Recht den Vorwurf der petitio principii. [23]) Er gibt allerdings zu, daß die Ausfertigung eine Vermutung begründe, nicht aber, daß dies eine praesumtio iuris et de iure sei. Laband konnte diese Behauptung nur aufstellen, indem er den Gesetzgebungsvorgang in einer Weise gliederte, die auf ganz bestimmten verfassungsgeschichtlichen Voraussetzungen beruhte, die jedenfalls nicht allgemeingültig war, und indem er dann einzelnen Akten des Vorgangs im Widerspruch zu ihrer logisch notwendigen rechtlichen Gleichwertigkeit für den Gesetzgebungsverlauf besondere Bedeutung zumaß. [24]) Im Verfassungsausschuß hat Preuß betont [25]), daß Laband seine unbeweisbare Behauptung auch wesentlich damit begründete, daß er die Gegenmeinung „durch absurde Konsequenzen ad absurdum führte". [26]) Die Ausfertigungstheorie ist aber auch unklar in ihren Folgerungen. Eine Prüfung der Ausfertigung wird dadurch gehindert, daß sie als interner Akt der Öffentlichkeit nicht unmittelbar erkennbar ist. Insofern tritt eine Verschiebung des entscheidenden Merkmales nach der Seite der Verkündung ein. [27]) Müller rechtfertigt sie [28]) mit der Behauptung, der Abdruck im Reichsgesetzblatt

---

[20]) und zwar nicht nur betreffs der Gültigkeit, sondern bereits betreffs der Rechtmäßigkeit; vgl. Schelcher S. 56.

[21]) vgl. Triepel Weg. AöR. 39, 536 u. Thoma AöR. 4, 278.

[22]) Anschütz Komm. S. 322.

[23]) Triepel AöR. 39, 536.

[24]) Haschek II S. 7, Triepel AöR. 39, 473/474.

[25]) Preuß in Prot. Verf. Ausschuß S. 484.

[26]) Vgl. Laband II S. 48 Anm. 3!

[27]) Schack S. 196.

[28]) Müller S. 40/41.

schaffe eine praesumtio iuris et de iure für die Übereinstimmung mit der Originalausfertigung. Diese zweite Vermutungswirkung begründet er im Anschluß an Lukas [29]) mit der angeblichen Urkundeneigenschaft des Reichsgesetzblatts. Die Begründung hierfür: Übernahme der französischen Einrichtung des bulletin des lois von 1793, späteren journal officiel [30]), Authentizität des deutschen Wortlauts in mehrsprachigen Gesetzblättern, Fehlen einer amtlichen Sammlung von Gesetzesurschriften, ist jedoch nicht stichhaltig. [31]) Die Bedeutung der modernen Gesetzblätter besteht darin, daß dem Normunterworfenen die Kenntnis des gesetzlichen Befehles ermöglicht werden soll. [32]) Für Müller bedeutet die Verkündung ein geeignetes Merkmal, weil sie die Vermutung der Übereinstimmung mit der Ausfertigung für sich habe, und weil diese ihrerseits bekunde, daß rechtmäßig verfahren worden sei. Insofern ist auch er Anhänger der Ausfertigungslehre.

Andererseits wird — und das ist entscheidend — bereits bei Laband der Schwerpunkt der Lehre wiederum nach der Seite der Sanktion verlegt. [33]) Hierauf hat Waldecker mit eingehenden verfassungsgeschichtlichen Erörterungen hingewiesen. [34]) Es brauchen hier nur die Ergebnisse seiner Untersuchung herangezogen zu werden. Er stellt den unter dem Einfluß der verfassungsgeschichtlichen Situationen und Entwicklungen des 19. Jahrhunderts, der Revolutions- und Restaurationszeit, erfolgten Wandel der Begriffsinhalte der Sanktion, der Promulgation, des consentement royal heraus. Wichtig ist dabei vor allem die allgemeine Erkenntnis, daß die von Laband festgelegten Einzelakte des Gesetzgebungsvorgangs nicht starre Größen bedeuten, die bei der Betrachtung des Verfahrens der Legislative in der modernen Verfassungsgeschichte etwa seit 1789 stets wiederkehren und gleichbleibend verwertet werden könnten. Hier zeigt sich, daß Labands besonderes Vorgehen, seine positivistische Methode in Verbindnug mit einer zu stark ausgeprägten Neigung zum Abstrahieren und Schematisieren, den Dingen, die vor allem geschichtlich verstanden und als in der Entwicklung begriffen erkannt werden müssen, und denen nicht eine bestimmte Bedeutung einfach unterlegt werden kann, Gewalt angetan hat. Will man die festgestellten Begriffswandlungen im einzelnen in Labands Lehre nachweisen, so

---

[29]) Lukas Publikation S. 222 f., Recht 1907 S. 674 unter c.

[30]) Vgl. Meyer-Anschütz S. 666/7 u. Anm. f. ebenda.

[31]) Hatschek II S. 97 f.

[32]) ebenso Lang S. 19, Schack S. 174.

[33]) Vgl. auch Wittmayer S. 458 o.: „Bestrahlt vom mythischen Glanze der Sanktion."

[34]) Waldecker in AöR. 13, S. 74 ff.

macht dies folgender Gedankengang kurz deutlich. Die Sanktion wird bei Laband — unbewußt beeinflußt durch die allgemeine verfassungspolitische Lage der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts — aus einem Akt der Exekutive zum entscheidenden Punkte der Gesetzgebung [35]), indem einem geschichtlich bedingten Akt der Legislative, dem consentement royal, die Sanktion gleichgesetzt wird. Diese ist ursprünglich kein wesentlicher Punkt des Gesetzgebungsvorgangs [36]), vielmehr der Befehl des Chefs der Exekutive an die ihm nachgeordneten Behörden, das Gesetz auszuführen. [37]) Laband hat damit in gewissem Umfange auch die Lehre der Gewaltenteilung in die Begründung hereingezogen; Bedeutung der Ausfertigung wird für ihn, den „formalen Abschluß der Legislative in Gestalt der authentischen Feststellung des als Gesetz Beschlossenen" zu bilden. „Hat die Legislative gesprochen, so ist damit causa finita." [38]) Die falsche Folgerung beruht — das ist das Ergebnis — letzten Endes auf einem Irrtum in der Auffassung der Sanktion, die hier aus dem Zusammenhang der Exekutive herausgenommen, jedenfalls zum mindesten irrtümlich als entscheidender Vorgang der Legislative angesehen wird. Auf dem Gegensatz von Legislative und Exekutive wird sodann die Bedeutung der Ausfertigung als letzten Teilakt des unangreifbaren und nicht nachzuprüfenden Gesetzgebungsverfahrens aufgebaut. Als Folge dieser Verschiebung des Problems ergab sich für Laband allerdings die Schwierigkeit, den Träger der Sanktion für das Staatsrecht des alten Reiches zu bestimmen.

Labands Lehre hat Georg Jellinek [39]) zu stützen versucht. Zur Begründung der Behauptung, daß die Ausfertigung den unanfechtbaren Beweis für das verfassungsmäßige Zustandekommen des Gesetzes liefere, weist er auf die Urteilsnatur der Ausfertigung hin. [40]) Richtig ist, daß eine Feststellung der Rechtmäßigkeit vorliegt. Bei jeder Willenserklärung im Gesetzgebungsverfahren wird zugleich bekundet, daß nach Ansicht des Erklärenden die vorgeschriebenen Voraussetzungen innegehalten sind. [41]) Unrichtig ist aber, darin eine den Richter bindende Bekundung zu sehen. Denn mit einem Urteil in einem Rechtsstreit,

---

[35]) Vgl. Nawiasky Bayr. Verf. Recht S. 371.
[36]) Triepel AöR. 39 ,474.
[37]) Waldecker AöR. 13, S. 78 und 81.
[38]) Waldecker AöR. 13, S. 81 unten; vgl. auch S. 75 oben.
[39]) Jellinek Gesetz und Verordnung S. 395 ff.
[40]) ebenda S. 401/402. Angedeutet schon bei Laband S. 50.
[41]) Schack S. 182,Triepel AöR. 39, 535/36, vgl. Otto Mayer I S. 95.
[42]) Jeschke S. 17, vgl. Rosenberg S. 463.
[43]) ebenso Lang, S. 17, Schack S. 183/4.
[44]) in neuerer Zeit nicht mehr vertreten.

das aus Zweckmäßigkeitsgründen vom Gesetz mit Rechtskraftwirkung ausgestattet ist [42]), kann die Bekundung des Ausfertigenden nicht verglichen werden; sie ist keineswegs ein prozessualer Vorgang. [34]) — Als Ergebnis muß festgestellt werden: die Ausfertigung kann nicht als genügendes formales Merkmal angesehen werden.

Zur Vervollständigung muß bemerkt werden, daß auch in der ministeriellen Gegenzeichnung (Art. 50) ein geeignetes formales Merkmal [44]) nicht gefunden werden kann; denn diese Vorschrift bezweckt nicht Bekundung der Rechtmäßigkeit, sondern Übernahme politischer Verantwortung. [45])

Damit ist die Reihe der Umstände, die als bindende Kennzeichen der Rechtmäßigkeit oder Gültigkeit des Gesetzes in Bezug auf sein Zustandekommen in Frage kommen, erschöpft. In der Feststellung des Reichstagspräsidenten nach vollzogener Abstimmung, die als formales Merkmal allenfalls in Betracht kommen könnte [46]), kann mangels jeden gesetzlichen Anhalts eine bindende Beurkundung nicht gesehen werden. Ihre Bedeutung erschöpft sich im Rahmen der Geschäftsleitung des Reichstags-Kollegiums. Nur eine einfache Vermutungswirkung, die in der Praxis alle Schwierigkeiten regelmäßig zu beseitigen vermag, wird man jedoch in allen diesen Punkten von der Verkündung bis zur Feststellung des Abstimmungsergebnisses sehen können.

Unrichtig wäre es aber, aus dieser Erkenntnis zu folgern, daß ein Prüfungsrecht in unbegrenztem Ausmaße bestehe, weil bereits ein gewisser Mindestumfang der Prüfung anerkannt ist. Denn dieser beruht auf ganz besonderen Gründen. Er ist nur darum anzuerkennen, weil anderenfalls das Vorliegen einer als Gesetz zu bezeichnenden Anordnung überhaupt nicht angenommen werden kann. [47]) Hier wird der grundlegende Fehler in der Fragestellung der Lehre der formalen Merkmale deutlich; werden alle vertretenen angeblichen formalen Kennzeichen als nicht ausreichend abgelehnt, so müßte allerdings hiernach folgerichtig das Prüfungsrecht als bestehend angenommen werden. [48]) Es durfte jedoch überhaupt nicht die Frage dahin gestellt werden, ob ein Punkt im Gesetzgebungsvorgang zu finden sei, der eine bindende Beurkundung enthielte, die die Rechtmäßigkeit des Verfahrens feststellt. Denn mit der zugegebenen Prüfung der Verkündung ist ein grundsätzlich bestehendes und etwa durch gewisse bindende Bekundungen gehemmtes Prüfungsrecht noch nicht erwiesen. Die Behandlung der

---

[45]) Schack S. 170.

[46]) Nach Preuß. Prot. Verf. Aussch. S. 484 ist sie „Feststellung mit publica fides.“

[47]) Schack S. 302.

[48]) Schack S. 103, Schelcher S. 54, vgl. oben S. 29/30.

Lehre der formalen Merkmale, deren Fragestellung zuvor als verfehlt erkannt wurde, könnte damit als nicht erforderlich angesehen werden. Ihre Bedeutung und Notwendigkeit liegt jedoch darin, daß die bisher vertretenen angeblichen Kennzeichen in der Untersuchung als unzureichend beurteilt werden und somit die möglicherweise von vornherein eintretende Hemmung einer etwa aus andern Gründen anerkannten Prüfungszuständigkeit als nicht bestehend erwiesen werden konnte. — Das Ergebnis, das gegenüber der heute noch verbreiteten Lehre Labands und seiner Nachfolger, insbesondere Anschütz', festgehalten werden muß, ist: die Ausfertigungstheorie — und ebenso jede andere auf formalen Merkmalen aufbauende Lehre — erbringt keinen Beweis, sie spricht weder gegen noch auch für das Prüfungsrecht.[49])

§ 9. Folgerungen aus der Lehre der Gewaltenteilung.

An Art. 102, der von der Stellung des Richters im Staat und zum Gesetz spricht, knüpft eine zweite Gruppe von Meinungen an. Sie baut in ihren nur gering voneinander abweichenden Ausprägungen damit grundsätzlich auf der Lehre von der Gewaltenteilung auf. Auffallend ist, daß sowohl Gegner als auch Anhänger des Prüfungsrechts sich auf diese Lehre stützen. Die einzelnen Beweisführungen unterscheiden sich in beiden Gruppen im wesentlichen nur in der Form voneinander. Die Begründung derjenigen, die das Bestehen der Prüfungszuständigkeit zugeben, läßt sich kurz in folgendem Gedankengang zusammenfassen. Es wird geltend gemacht, der Richter sei zwar dem Gesetz unterworfen, aber auch nur einem solchen; in der Prüfung des Umstandes, ob ein Gesetz vorliege, sei er darum in keiner Weise beschränkt. Ein Gesetz liege aber nur vor, wenn die von der Verfassung für das Zustandekommen einer bindenden Norm vorgeschriebenen Voraussetzungen eingehalten seien. Diese Erwägung ist ausschlaggebend für zahlreiche Autoren, insbesondere für Poetzsch, Stier-Somlo und Triepel.[1]) Sie gilt gleichmäßig für die Fragen der materiellen und formellen Prüfung. Zur Ablehnung der formellen Prüfung gelangen bei gleicher

---

[49]) im Ergebnis ebenso, z. Tl. mit anderer Begründung, Schack AöR. 2, 168; v. Freytag-Loringhoven S. 240; Thoma AöR. 4, 270; Poetzsch Komm. S. 310.

[1]) Poetzsch Komm. S. 381 (4 b) u. 310 (3 a). Stier-Somlo AöR. 3, 186 u. . Triepel AöR. 39, 537. Ebenso: Bühler DJZ. 1921, 581. Hubrich S. 150. Nawiasky Bayr. Verf. Recht S. 373. Vorsichtig formuliert Bredt Z. ges. StW. 1927, 435. Ebenso im Grunde auch Theisen AöR. 8, S. 271 und 274.

Begründung nur die, die wie Bühler [2]) daneben der Ausfertigung eine unanfechtbare Vermutungswirkung betreffs des richtigen Wegs der Gesetzgebung zuerkennen. Auch Adamovich, Hecking und Gerber führen in der Begründung letzten Endes zu Art. 102 zurück. [3]) Die besondere Ausgestaltung der von ihnen vertretenen Lehre geht jedoch über die Betrachtung und Würdigung des Problems der Gewaltenteilung in seiner Anwendung auf die Frage des Prüfungsrechts hinaus, und ihr Verfahren der Untersuchung gehört wesentlich in einen anderen Zusammenhang. Ihre Ansichten sollen daher an anderer Stelle betrachtet werden. [4])

Auf der anderen Seite wird wiederum — in kurzer Zusammenfassung — gegen die richterliche Prüfung geltend gemacht, die richterliche Gewalt sei von der Legislative unabhängig. Sie sei aber den von dieser ausgehenden Akten, den Gesetzen, nach Art. 102 unterworfen und nur in ihrer Auslegung frei. Insofern sei die gesetzgebende Gewalt über sie gestellt. Habe also die Gesetzgebung gesprochen, so verbiete die Autorität auch des fehlerhaften Gesetzes eine Prüfung durch die Gerichte. Auf diese Auffassung der Gewaltenteilung und des Wesens des Gesetzes gehen die Begründungen bei Arndt, Wittmayer u. a. im Grunde zurück. [5]) Auch W. Jellinek, einer der Gegner des Prüfungsrechts, stellt in dieser Frage darauf ab, ob in einem Staate die Trennung der Gewalten durchgeführt ist. [6]) Schließlich ist hier auch auf die Begründung von Schack zu verweisen, die ebenfalls in Zusammenhang mit der Gewaltenteilungslehre steht; sie wird, da sie in ganz bestimmter Richtung einseitig ausgebaut ist, im Anschluß an die Betrachtung der allgemeinen Gewaltenteilungsbegründungen gesondert behandelt werden.

Beide im Vorstehenden kurz skizzierten Versuche einer rechtslogischen Beweisführung sind nicht ausreichend begründet. Die entgegengesetzten Folgerungen aus dem gleichen Grundsatz zeigen vielmehr, daß auch hier wieder auf beiden Seiten eine petitio principii vorliegt [7]); ein schlüssiger Beweis für oder gegen die Prüfung kann aus Art. 102 nicht herausgelesen werden. Wenn einmal behauptet wird, ein rechtswidriges Gesetz sei kein „Gesetz" im Rechtssinne,

---

[2]) Bühler RV. S. 82, 99, u. seit V. A. Giese Komm. VI., 210, 211.

[3]) Vgl. Adamovich S. 44, Hecking S. 43, Gerber S. 14.

[4]) Unten § 11 S. 50 ff.

[5]) so Arndt Komm. S. 281 und Recht 1920 S. 108. Wittmayer S. 466. Meißner S. 127. Vgl. auch Anschütz Komm. S. 416.

[6]) Handbuch der Politik III S. 15/16.

[7]) ebenso Schelcher S. 44. Sehr deutlich wird sie bei Theisen AöR. 8, S. 271 mit 274.

und auf der anderen Seite entgegnet wird, ein Spruch der Legislative könne unter keinen Umständen auf Rechtmäßigkeit und Gültigkeit geprüft werden, dann wird in beiden Fällen die Frage des Prüfungsrechts, die, wie sich gerade hier zeigt, eng mit dem Begriff und Wesen des Gesetzes zusammenhängt, einfach ohne Begründung vorweg entschieden. [8]) Zudem muß gegen die genannten Ansichten eingewendet werden, daß die Weimarer Verfassung eine folgerecht durchgeführte Gewaltenteilung nicht kennt. [9]) Ist in der Praxis der Verfassungen eine gegenseitige Einwirkung und Beeinflussung der Gewalten und als Ausgleich eine gegenüber Justiz und Verwaltung höhere Stellung der Gesetzgebung vorhanden [10]), so könnte nicht mehr unmittelbar daraus das Bestehen des Prüfungsrechts im Sinne der genannten Beweisführungen von Poetzsch, Triepel u. A. gefolgert werden. Doch ist damit auch noch nicht grundsätzlich gegen die Prüfungszuständigkeit entschieden. Das hat Carl Schmitt richtig hervorgehoben [11]), der nachweist, das eine richterliche Prüfung keine Einwirkung auf die Legislative und damit auch keine Verletzung des etwa anerkannten Prinzips der reinen Gewaltenteilung darstellt. Und damit ist gezeigt, warum ein Beweis für oder gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit durch Untersuchung im Zusammenhang des Problems der Gewaltenteilung nicht erbracht werden kann: es besteht im Grunde keine Verbindung zwischen beiden Fragenkreisen; die Frage des Prüfungsrechts betrifft die Bedeutung des Gesetzes als unmittelbar-staatlicher, mit besonderer Autorität ausgestatteter Norm [12]), über die mit einer Betrachtung des Verhältnisses von Legislative und Exekutive zueinander nichs Entscheidendes ausgesagt werden kann. [13]) Denn fraglich ist eben gerade, ob diese gegenüber anderen staatlichen Willensäußerungen gesteigerte Autorität so weit geht, daß sie auch bei fehlerhaftem Zustandekommen oder mit der Verfassung nicht vereinbarem Inhalt für den Normunterworfenen und damit im Besonderen für den Richter bindend ist. Auch hier wieder wird klar, daß die Fragestellung des zu untersuchenden Problems mit den Ansätzen der Gewaltenteilungs-

---

[8]) darüber Thoma AöR. 4, 272.

[9]) Das kann hier nicht im Einzelnen nachgewiesen werden. Vgl. Schack S. 59 ff., 79 ff.; Stier-Somlo Lehrb. S. 71 ff. (74); Waldecker AöR. 13, S. 87; dagegen aber z. B. Jeschke S. 56 ff. (60/61).

[10]) so Lang S. 24.

[11]) Verf. Lehre S. 196.

[12]) vgl. oben S. 11—12.

[13]) Auch Schack S. 1 stellt fest, daß es nicht auf die Stellung des Richters zum Gesetz, sondern d. Ges. zur Verfassg. bei der Entscheidg. ankommt.

Lehre verfehlt ist. Eine Lösung der zu entscheidenden Frage im Anschluß an Art. 102 muß aus diesen Gründen abgelehnt werden.

Schack [14]), der die eingehendste Bearbeitung der Frage des Prüfungsrechts geliefert hat, hat deshalb vermieden, wie die genannten Autoren unmittelbar auf der Lehre der Gewaltenteilung und dem Art. 109 R. V. aufzubauen. Er geht vielmehr davon aus, daß in den modernen Verfassungen, insbesondere in Deutschland, eine Trennung der Gewalten nur in der Form einer organisatorischen Funktionenteilung durchgeführt sei. Diese Auffassung wird mit umfangreichen geschichtlichen und dogmatischen Erörterungen gestützt. Es wird eine Entwicklung von der reinen Gewaltenteilung bei Montesquieu zur modernen Gestaltung des Prinzips aufgezeigt, deren für Schack in Bezug auf das gestellte Problem entscheidende Richtung ganz kurz im folgenden zusammengefaßt werden kann. Die in der Theorie behauptete unbedingte Gleichstellung der Gewalten [15]) sei in der Praxis nur möglich unter der Voraussetzung des Vorhandenseins einer höchsten Gewalt als einheitlicher Zusammenfassung und Spitze des Staates. [16]) Sei eine solche nicht wie etwa in den Vereinigten Staaten in Gestalt einer besonderen verfassunggebenden Gewalt vorhanden, so müsse sich, um einen Leerlauf des staatlichen Mechanismus durch gegenseitige Hemmungen — da ja keine Gewalt grundsätzlich verpflichtet sei, die Akte der andern anzuerkennen — zu vermeiden, eine der Gewalten als höchste durchsetzen. Die Gesetzgebung sei nunmehr diese höchste Gewalt; von einer Unabhängigkeit der Justiz gegenüber der Legislative könne daher nicht gesprochen werden. Infolgedessen sei den Gerichten die Prüfung, ob Akte der Legislative verfassungsmäßig sind, versagt. [17]) Gegenüber dem Wesen des Gesetzes als eines Souveränitätsaktes [18]) bestehe nur ein Prüfungsrecht darauf hin, ob ein Befehl des Gesetzgebers vorliege; dieser stelle die Gültigkeit des Gesetzes bindend fest [19]). Die Frage, wann ein solcher Befehl vorliege, beantwortet sich nach Schack aus dem geltenden Verfassungsrecht [20]). Für das alte Reichsverfassungsrecht war demnach zu prüfen, ob übereinstimmende Beschlüsse von Bundesrat und Reichstag

---

[14]) Seine Schrift ist 1918 erschienen, die Lehre jedoch f. d. neue Recht ausdrücklich aufrechterhalten; Gruch. Beitr. 3 (66), 1923, S. 81 ff., Hirths Annalen 1919/20 S. 285 ff., AöR. 2, (1921), S. 163 ff.

[15]) vgl. C. Schmitt Verf. Lehre S. 187: „Theoret. Schema."

[16]) Schack S. 80, 118.

[17]) ebenda S. 115 ff., 118, 119, 121.

[18]) Schack S. 127.

[19]) ebda. S. 123.

[20]) „ S. 124.

vorlagen, für den geltenden Rechtszustand ergibt sich eine Prüfung danach, ob ein Beschluß des Reichstags besteht und ob ein Einspruch des Reichsrats erfolgt ist.

Schack, der bei seiner Entscheidung von der Frage der Stellung der Justiz gegenüber der Legislative ausgeht, hat mit ihr doch in gewisser Weise an die Lehre von den formalen Kennzeichen angeknüpft. Er bejaht die Prüfung grundsätzlich in dem Mindestumfang der Frage, ob ein Gesetz überhaupt vorliege [21]); nachdem er alle anderen im Schrifttum anerkannten Merkmale abgelehnt hat, läßt er die Prüfung dann enden, wenn das Vorliegen eines gesetzgeberischen Souveränitätsaktes festgestellt ist. Seine Lehre steht und fällt aber mit seiner Auffassung der Verwirklichung der Lehre von Montesquieu in einem System der organisatorischen Funktionenteilung, in dem die Gesetzgebung die höchste Macht darstellt. Sie ist daher auch — übrigens von Anhängern des Prüfungsrechts, da für die Gegner bereits die Ausfertigung entscheidet — unter diesem Gesichtspunkt angegriffen worden [22]). Es wird ihr zum Vorwurf gemacht, sie habe das Problem der Gewaltenteilung und ihrer praktischen Durchführung verkannt. Auf diesen besonderen Fragenkreis kann hier nicht erschöpfend eingegangen werden. Einige Einwände sind jedoch auch in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen.

Zunächst ist allerdings als richtig die Kritik Schacks [23]) an den zuvor behandelten Begründungen aus der reinen Gewaltenteilungslehre anzuerkennen. Von einer restlosen Gleichordnung und einem gegenseitigen Nichtbeeinflussen der Gewalten, einem Zustand, der es rechtfertigt, daß keine der Gewalten die Akte der andern als für sich bindend anzuerkennen genötigt ist [24]), kann in der Tat heute nicht nur aus dogmatischen, sondern aus rein positivrechtlichen Gründen der praktischen Verfassungsgestaltung nicht gesprochen werden. Es braucht nur etwa an das parlamentarische Vertrauenserfordernis für die Regierung nach Art. 54 RV. gedacht zu werden. Auch auf die Auflösungsbefugnis des Reichspräsidenten nach Art. 25 ist in diesem Zusammenhang zu verweisen. Hier zeigen sich nicht nur Hemmungen und „Balancen“, sondern klare Einwirkungsmöglichkeiten auf eine andere Gewalt über den eigenen Kreis hinaus.

---

[21]) ebda. S. 104; vgl. oben S. 29—30.

[22]) Stier-Somlo AöR. 3, 107; Hecking S. 21, 22.

[23]) aaO. S. 87/89.

[24]) Für Montesquieu trifft diese bis ins letzte folgerichtige Anschauung allerdings nicht zu. Dieses „reine System“ liegt jedoch den Ansichten insbesondere von Arndt, Wittmayer u. a. (Mitte S. 37.) zugrunde.

Es ist daher praktisch ein bloßes Funktionenteilungsprinzip anzuerkennen. Damit entfällt die unter dem Gesichtspunkt der Hemmungsfunktion mögliche Anerkennung des Prüfungsrechts aus der reinen Gewaltenteilung. Ein Schluß etwa derart, daß eine Vermutung für das grundsätzliche Bestehen dieser reinen Gewaltenteilung im modernen Rechtsstaat soweit bestehe, als diese nicht durch konkrete Sonderbestimmungen durchbrochen sei, und damit wiederum die Anerkennung der Prüfung ist deshalb nicht möglich, weil die Herkunft des reinen Gewaltenteilungssystems aus theoretischer Spekulation und seine durchgängige Behandlung im Laufe der Entwicklung des 18. und 19. Jhd. als bloßes Prinzip der Staatsrechtstheorie zeigt, daß das ursprüngliche Schema Montesquieus den derzeitigen Verfassungen nicht ohne weiteres zugrunde gelegt ist [25]).

Daß aber damit die Verneinung der Prüfungszuständigkeit noch nicht erwiesen ist, wird wiederum durch andere Erwägungen und Einwände gegen Schacks Argumentation gezeigt werden können. Zunächst könnte diese verneinende Ansicht ebenfalls mit der Aufgabe des reinen Systems darum wegfallen, weil die Ablehnung des Prüfungsrechts etwa durch Arndt und Wittmayer [26]) nicht nur als auf einem Mißverständnis des Prinzips beruhend angesehen werden kann [27]) — indem dort bereits eine gewisse Überordnung der Legislative anerkannt ist —, vielmehr auch aus dem Gesichtspunkt der notwendigen scharfen Trennung der Gewalten gefolgert werden könnte [28]). Als entscheidend kommt gegen Schack, der die Prüfung des gesetzlichen „Souveränitätsaktes" ausschließen will, ein anderer Gesichtspunkt in Betracht. Wohl ist zuzugeben, daß heute eine bloße Funktionenteilung innerhalb des Staates vorliegt. Nicht richtig ist es aber, eine Hochstellung der Legislative gegenüber den anderen Funktionen anzunehmen. Gegen diese Auffassung, die notwendig die Auflösung des einheitlichen Staatswillens zur Folge hat [29]), hat sich sehr energisch schon Gg. Jellinek gewandt [30]). Ist es richtig, was Schack [31]) selbst als unbedingt erforderlich herausstellt, nämlich daß eine Betrachtung der Gewaltenteilung doch immer von der Einheitlichkeit der Staatsgewalt auszugehen habe, dann kann nicht die von ihm vertretene Höherstellung der Gesetzgebung

---

[25]) C. Schmitt Verf. Lehre S. 187.
[26]) vgl. oben S. 37 zu Anm. 5.
[27]) so Schack S. 88/89.
[28]) C. Schmitt aaO. S. 187.
[29]) ebenso Elsner S. 55.
[30]) Gesetz und Verordnung S. 249.
[31]) aaO. S. 62/63.

gerechtfertigt werden; denn sie muß dazu führen, daß „der Staatswillen als dem Willen des gleichen Staates übergeordnet“ [32]) angesehen werden muß, da ja „jeder Faktor innerhalb der ihm übertragenen Sphäre voll und ganz den Staatswillen bildet“ [33]). Wird von einer höchsten Gewalt gesprochen, so kann diese nur, dem Grundsatz der Volkssouveränität des Art. 1 RV. entsprechend, eben in der Gesamtheit des deutschen Staatsvolkes erblickt werden, von dem „alle Staatsgewalt ausgeht“. Hierauf hat Jeschke [34]) mit einer gewissen Berechtigung seine gesamten Erörterungen letztlich abgestellt, jedoch Folgerungen daraus gezogen, die nicht anerkannt werden können. Er folgt — das muß schon hier kurz festgestellt werden — in Bezug auf die materielle Prüfung (die formelle ist für ihn durch Art. 70 RV. ausgeschlossen) im wesentlichen der besprochenen Ansicht von Bühler und Triepel [35]). Aus Art. 102 zieht er den Schluß, daß der Richter die Nichtigkeit eines materiell verfassungswidrigen Gesetzes feststellen dürfe. Das Vorliegen der Nichtigkeit aber wird aus anderen Zusammenhängen entnommen. Sie ist für Jeschke die Folge der Volkssouveränität, die das Bestehen eines dem Reichstag als Gesetzgeber übergeordneten, souveränen Organes bedeutet [36]). Damit sind bereits andere Zusammenhänge berührt, bei deren Behandlung auf seine Lehre zurückzukommen sein wird. Wesentlich ist jedenfalls zusammenfassend, daß die Betrachtung des Gesetzes als Souveränitätsakt, die aus der dargelegten angenommenen Hochstellung der Legislative folgt, weder mit dem Gedanken der Einheitlichkeit der Staatsgewalt noch mit dem Grundsatz des Art. 1 RV. zu vereinbaren ist. Der Lehre Schacks ist damit die Grundlage entzogen. Hier ist die Feststellung zu machen, daß auch eine die alte Gewaltenteilungslehre bewußt überwindende Betrachtungsweise, wie sie Schack und in deutlichem Anschluß an ihn Elsner [37]) vertreten, weder für noch gegen die richterliche Prüfungszuständigkeit verwertet werden kann.

---

[32]) Hecking S. 22/21.

[33]) Schack S. 63.

[34]) in seiner Dissertation S. 35 ff., 48/49. Vergleiche auch in JW. 1922, 81 ff. die entschiedenere Formulierung.

[35]) oben S. 36/37.

[36]) JW. 1922, S. 82, Diss. S. 108.

[37]) seine Ansicht unterscheidet sich jedoch trotz der von ihm vorgenommenen Distanzierung von Schack wesentlich nur in der Formulierung. Er gelangt auf S. 56 u. 104 zum gleichen Ergebnis: Ausschluß des Prüfungsrechts, weil die Gesetzgebung als höchste Staatsfunktion bei der Bildung des Staatswillens keiner Schranke unterliege.

Ein Weiteres ist bei der Behandlung der Lehre Schacks zu beachten. Auch wenn man seine Voraussetzung, die Verwirklichung des Gewaltenteilungsprinzips in der Form organisatorischer Funktionenteilung, sowie die Betrachtung des Gesetzes als Souveränitätsakt anerkennt und damit Schacks Ergebnis sich zu eigen macht, ist seine Lösung nur sehr bedingt verwertbar. Er gestattet nur die Prüfung, ob ein Gesetzesbeschluß erfolgt ist, nur die Feststellung eines rein äußerlich als solchen erkennbaren Abstimmungsvorgangs. Auf Fragen der Innehaltung des Verfahrens, des Vorliegens der Majorität darf nicht eingegangen werden [38]). Darin liegt eine wesentliche Folgewidrigkeit. Ein Reichstagsbeschluß liegt nur dann vor, wenn tatsächlich eine Mehrheit von Stimmen abgegeben worden ist. Will man diesen Umstand zu den sog. „interna corporis" [39]) rechnen [40]), zu denen wesentlich reiche Geschäftsordnungsbestimmungen gehören [41]), dann ist das folgerichtig nur möglich, wenn man der Feststellung des Reichstagspräsidenten unangreifbar bindende Wirkung zuerkennt. Daß das nicht richtig ist, ist bereits ausgeführt [42]). Darf nach Schack das Vorliegen eines Souveränitätsaktes festgestellt werden, dann darf also auch das Vorliegen der Abstimmungsmehrheit, Anwesenheitszahl usw. geprüft werden [43]). Zu diesem Ergebnis gelangt folgerichtig auch Trier [44]), der formale Merkmale verneint, bei der Annahme des Prüfungsrechts aber dem alten Fehler der petitio principii verfällt, indem er sagt, ein rechtswidrig zustandegekommenes Gesetz sei eben kein gültiges Gesetz, überhaupt kein „Gesetz" im Rechtssinne [45]). Die logische Folge der Ansicht Schacks ist die Anerkennung der formellen Prüfung in ihrem gesamten Umfang, weil genügende formale Kriterien nicht gefunden werden können [46]). Dabei wird jedoch das Prüfungsrecht nur anerkannt, weil sein Bestehen in dem besprochenen Mindestumfang unstreitig sein muß. Dieser beruht aber auf besonderen Gründen, die den Schluß auf die grundsätzliche Frage der Prüfung nicht zulassen: die Form der Verkündung ist „wesentlich für die Existenz" [47]) des Gesetzes, das andernfalls für den

---

[38]) Schack S. 313, 314.
[39]) seit Gneist 4. dtsch. Jur. Tg. I S. 232.
[40]) so Gneist aaO.
[41]) Arndt Staatsrecht S. 184.
[42]) oben S. 35.
[43]) Jeschke S. 26 vgl. Stier-Somlo AöR. 3, 190 u.
[44]) Trier S. 46, auch S. 22.
[45]) Trier aaO. S. 17, 19.
[46]) Jeschke S. 27.
[47]) Schelcher S. 53 u..

Richter ein nullum ist. Diese Überlegung zeigt wiederum den grundlegenden Fehler in der Fragestellung der Lehre der formalen Merkmale: aus dem erkannten Mindestumfang wird geschlossen, daß die Prüfung allgemein anzuerkennen sei. — Damit ist die Behandlung der Gewaltenteilungsbegründungen und der Lehre Schacks abzuschließen; einen klaren Beweis hat auch sie nicht zeigen können.

B. § 10. Teleologisch und überpositivrechtlich bestimmte Lösungen.

Nunmehr ist auf die Bedeutung teleologischer und überpositivrechtlicher Gedankengänge für die Lösung des zur Entscheidung stehenden Problems einzugehen. Ihre zusammenfassende Behandlung rechtfertigt sich einmal durch den gemeinsamen Gegensatz zu den in den übrigen Bearbeitungen verwandten Methoden, zum andern praktisch auch durch den Umstand, daß gerade zum letztgenannten Verfahren — der Natur der Sache entsprechend — nur gelegentliche Äußerungen einiger Verfasser vorliegen, die neben anderen Gründen und in der Regel zur Unterstützung ihrer das Prüfungsrecht bejahenden Ansicht auf die Tragweite der Ablehnung der Prüfung etwa für die Durchsetzung der Grundrechtssätze der Verfassung hinweisen. Gemeinsam ist zudem den Vertretern beider Methoden die voraufgegangene Feststellung, daß mit formal-logischer, positivistischer Argumentation die Frage des Prüfungsrechts eine Lösung nicht finden kann.

Thoma's Erwägungen konnten, wie schon oben [1]) angedeutet wurde, als ausschließlich die teleologische Methode verwertend angesehen werden. Bei ihrer Betrachtung ist jedoch der Abstand nach verschiedenen Seiten einzuhalten. Ausgangspunkt ist auch für ihn die Erkenntnis, daß mit den bisher geübten Methoden die gestellte Frage nicht entschieden werden konnte. Hieraus entnimmt er die Berechtigung seines Vorgehens, das nach drei verschiedenen Richtungen hin vorstößt. Zunächst gesteht er offen zu, daß angesichts des Vorhandenseins eines „echten Problems“ Scheinlösungen nur vermieden werden können, wenn eine aus dem Willen bestimmte Entscheidung des Problems gegeben werde. Dieses wird damit als — jedenfalls teilweise — voluntaristisch-politisch gestellt angesehen. [2]) Die einzelnen Argumente und Ausführungen liegen jedoch zum wesentlichen Teil in durchaus anderem, nämlich dem teleologischen Zusam-

---

[1]) oben § 4 S. 17.

[2]) AöR. 4, 272.

[3]) Vgl. dazu Manigk unter „Interesse“ im Handw.-buch v. Stier-Somlo-Elster III S. 306 unter 7.

menhang. Hier handelt es sich nicht nur um subjektive Willensentscheidung; besser wird überhaupt in diesem Zusammenhang von Interessenabwägung gesprochen werden.[3]) Ihre Abhängigkeit von Werturteilen ist gewiß zugegeben. Sie kann jedoch insofern nicht als rein subjektiv bestimmt angesehen werden, als ein tatsächlich die widerstreitenden Interessen gegenseitig abwägendes Verfahren „die Maßstäbe, an die es sich hält, in der Sphäre des Objektiven zu suchen" hat.[4]) Hier kann nicht die Berechtigung teleologischer Betrachtungsweise nachgewiesen werden. Es soll vielmehr ein kurze Darstellung und Würdigung der insbesondere von Thoma und Morstein Marx, zum Teil auch schon von Triepel, Bühler und Radbruch vorgenommenen Abwägung schutzwürdiger Interessen gegeben werden.

Thoma stellt einerseits eine nach seiner Ansicht bestehende und im Interesse der Rechtsberechenbarkeit[5]) bis zu einem gewissen Grade empfehlenswerte Tradition der Nichtüberprüfung[6]) in der deutschen und darüber hinaus europäischen Praxis des 18. und 19. Jahrhunderts bis zum Kriege fest.[7]) Als in der entgegengesetzten Richtung liegende, jedoch durchaus als schutzwürdig begriffene Interessen werden andererseits die Notwendigkeit der Einhaltung der materiellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen der neuen Verfassung, damit allgemein ihr Schutz insbesondere gegenüber dem in seiner Bedeutung heute wesentlich gehobenen Gesetzgeber erkannt. Das Übergewicht liegt für Thoma zunächst in erster Linie auf der Seite der Rechtssicherheit und -berechenbarkeit. Es ergibt sich daraus seine Fragestellung: sind genügende Sicherungen für die Befolgung der Verfassungssätze gegeben, oder ist eine Änderung des bisherigen Standpunktes im Interesse der Aufrechterhaltung eines bedrohten Staats- und Verfassungsrechtszustandes erforderlich? Seine verneinende Antwort auf diese letztere Frage[8]) folgt daher aus einer Untersuchung und Aufzählung einer Reihe seiner Ansicht nach ausreichender Sicherungen, mit denen die neue Verfassung selbst sich umgeben habe. Sie werden gefunden in den Befugnissen einer oppositionellen Reichstagsminderheit nach Art. 72/73 II, des Reichsrats nach Art. 74 und vor allem des Reichspräsidenten nach Art. 70, 73 I und 74 III. Entscheidend ist insbesondere dieser letztere Punkt. Sollten sich — obwohl dies als nicht wahrscheinlich und praktisch nicht vorkommend angesehen

---

[4]) Triepel Staatsrecht und Politik S. 39.

[5]) Triepel Streitigkeiten S. 92 Anm. 2. Dazu vgl. auch Stoll-Jherings Jahrb. 76, 198 A. 1.

[6]) so auch W. Jellinek Verf. u. Verw. S. 141.

[7]) aaO. S. 273/274 und 286.

[8]) AöR. 4, 275 und 286.

wird — verfassungsändernde Normen von einiger Bedeutung unbemerkt in neue Gesetze einschleichen können, sollte ferner eine Majorisierung einer Minderheit des Reichsrats, die diesen Umstand oder auch das Vorhandensein verfahrensrechtlicher Fehler erkennt und sich darauf beruft, sollte endlich auch eine Ausschaltung der Minderheitsbefugnisse im Reichstag durch Dringlichkeitserklärung nach Art. 72 tatsächlich einmal vorkommen, so sei immer noch der Reichspräsident als Hüter der Verfassung [9]) imstande, durch Unterlassen der Verkündung die drohende Verfassungsverletzung zu verhindern. Denn nach Art. 72 II sei er trotz vorhandener Dringlichkeitserklärung nicht zur Ausfertigung und Verkündung verpflichtet, und da er bestrebt sein müsse, sich ein „gewisses Prestige überparteilicher Gerechtigkeit aufzubauen und sorgsam zu pflegen", [10]) werde er die letzte Entscheidung des Volkes nach Art. 73 II in jedem derartigen Falle ermöglichen. Richtig ist hier der Hinweis auf die neutrale und vermittelnde Stellung des Reichspräsidenten, die Machtkämpfe zwischen Mehrheit und qualifizierter Minderheit nach Möglichkeit zu friedlichem Ausgleich bringt. Richtig ist auch die Ausschaltung der Fälle bewußter und offener Verfassungsverletzung aus dem Bereich der Überlegung; aus revolutionären Möglichkeiten lassen sich verfassungsrechtliche Folgerungen nicht ziehen. Zu beachten ist aber, das für die Frage des Prüfungsrechts bedeutend gerade die Zweifelsfälle sind, daß daher eine notwendige Entscheidung rechtlicher Zweifelsfragen, die nicht unbedingt den Anlaß zu Machtkämpfen geben, und die vom Reichspräsidenten in bester Meinung durchaus verkannt werden können [11]), auch durch die — wenn im Sinne Thoma's die Dinge normal verlaufen — im äußersten Falle eintretende Entscheidung des Staatsvolkes eine eindeutige Lösung nicht finden kann. Die Dinge würden hier ebenso liegen, wie wenn eine einfache Mehrheit über das Vorliegen des verfassungsändernden Charakters eines Gesetzentwurfs durch Abstimmung entscheiden wollte. Es bleibt daher auch für den Betrachter der Thoma'schen Erwägungen der unausgeglichene und m. E. unausgleichbare Interessengegensatz bestehen: einerseits die Notwendigkeit des Verfassungsschutzes in politisch erregter Zeit [12]), andererseits die Forderungen der Rechtssicherheit und Rechtsberechenbarkeit.

---

[9]) hierzu C. Schmitt in AöR. 16, 212 ff., bes. 217/8

[10]) Thoma aaO. S. 277/278.

[11]) ein neueres Beispiel rechtlicher Zweifel stellt dar etwa die Frage des verfassungsändernden Charakters des Reichsgesetzes über das polnische Liquidationsabkommen wegen Art. 153 II und 105 II R. V.

[12]) Damit handelt es sich nicht um Tendenzen etwa einer Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Zustands oder andererseits des Schutzes

Thoma's Ansicht hat nicht, wie Anschütz [13]) meint, die hergebrachte Ansicht der Ablehnung des Prüfungsrechts neu befestigen können. Einmal, weil er methodisch völlig neue Wege geht; nach Triepels [14]) und Bühlers [15]) Andeutungen in gleicher Richtung, wenn auch mit entgegengesetztem Ergebnis, sind zunächst bei ihm die erörterten neuen Gesichtspunkte grundsätzlich behandelt und in einer besonderen Betrachtung des alten Problems durchgeführt worden. Sodann aber vor allem, weil auch die Anhänger der Prüfung seitdem mit gleichen Argumenten arbeiten. [16]) Hier ist in erster Linie Morstein Marx zu nennen. Der in diesem Zusammenhang wichtigste Abschnitt seiner Ausführungen, die sich eingehend gerade auch mit der Frage der Methode einer Lösung befassen, betrifft zunächst die auch von Thoma in den Mittelpunkt gestellte Frage, ob die Verfassung sich selbst ausreichend gegen den einfachen Gesetzgeber schütze [17]), sodann nach ihrer Verneinung die weitere Frage, ob gerade der Richter zum Schutz der bedrohten Verfassung berufen sei. [18]) Es ist bei der Besprechung der Lehre Thoma's bereits die Behauptung als richtig anerkannt worden, daß zureichende Garantien des Verfassungsschutzes gerade in den praktisch wichtigsten Fällen des bloßen Zweifels an der Übereinstimmung eines Gesetzes mit der Verfassung nicht zu finden seien. [19]) Insofern kann den Ausführungen von Morstein Marx durchaus zugestimmt werden. Nicht richtig ist dagegen die Begründung der Annahme, daß gerade der Richter zum Schutz der Verfassung berufen und damit Hüter der Verfassung sei. Hiergegen sind alle Gründe geltend zu machen, die Carl Schmitt im Zusammenhang der Würdigung der Stellung des Reichspräsidenten [20]) und bei der Behandlung der staatsrechtlichen Praxis des Reichsgerichts [21]) gegen die Anerkennung eines derartigen Richterkönigtums erhebt, das nicht so sehr eine Juridifizierung der Politik als vielmehr eine Politisierung der Justiz notwendig zur Folge haben müßte. Möglich bleibt es

---

der Gegner des derzeitigen Verfassungssystems, vielmehr um den einfachen Schutz bestehenden Rechtes in Übergangs- und Krisenzeiten.

[13]) Anschütz Komm. S. 325.

[14]) Triepel Streitigkeiten S. 92—94.

[15]) Bühler in DJZ. 1921 S. 581.

[16]) Ausdrückliche Berufung auf Thoma bei Morstein Marx Variationen S. 34 u. 153.

[17]) Variationen S. 73—86.

[18]) aaO. S. 86—104.

[19]) A. A. Radbruch Justiz I S. 25; wie hier Stoll in JW. 1927 S. 2617, Rümelin Gleichheit S. 35 Anm. 2.

[20]) AöR. 16, S. 161 ff., bes. S. 173, 211.

[21]) in der RG. Festgabe Bd. I S. 154 ff., bes. 158, 161 ff..

allerdings, daß durch die Rechtsprechung die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze trotzdem nachgeprüft werden kann; nur ist es nicht angängig, die Prüfung mit der Funktion des Richters als Hüter der Verfassung zu begründen. Denn daß die Zuständigkeit der Gerichte aus dem Rechtsstaatsgedanken sich zwingend ergebe, ist nicht Begründung, sondern Wiederholung der aufgestellten Behauptung, daß eben der Richter den Schutz der bedrohten Verfassung zu übernehmen habe. Und offen bleibt zudem die doch in erster Linie zu entscheidende Frage, ob ein justizförmiger Verfassungsschutz überhaupt durchzuführen sei. Damit ist der beherrschende Interessengegensatz bei Morstein Marx nicht in eindeutiger Weise gelöst.

Auf die Lehren Triepels und Bühlers ist hiernach nur noch kurz zu verweisen. Ersterer bejaht die richterliche Prüfung im Gegensatz zu Thoma auf Grund einer umgekehrten Fragestellung.[22]) Er entscheidet dahin, daß das zugegebene Interesse an der Berechenbarkeit gerichtlicher Entscheidungen zurücktreten müsse gegenüber dem Bedürfnis nach Schutz der Verfassung vor der absoluten Herrschaft des Parlaments. Auch Bühler gelangt zur Bejahung der Frage. Er weist — neben anderen Gründen — in erster Linie darauf hin, daß es eine Ungeheuerlichkeit sei, ein als verfassungswidrig erkanntes Gesetz anzuwenden.[23]) Eine derartige Begründung verkennt wieder, daß praktisch am bedeutendsten für die Frage des Prüfungsrechts die Fälle möglicher rechtlicher Zweifel sind, in denen von einer Überzeugung des Richters in Bezug auf die Übereinstimmung des Gesetzes mit der Verfassung nach der einen oder der anderen Seite hin nicht gesprochen werden kann. Den letztlich entscheidenden Punkt seiner Argumentation faßt Bühler noch einmal am Schluß seiner positiven Erörterungen zusammen: „Die Verfassung steht jetzt viel mehr als die frühere im Mittelpunkt unseres Staatslebens; auf ihre Wahrung muß in ganz anderer Weise als im alten Recht alle Sorgfalt verwendet werden, und in der Kette der sie kontrollierenden Organe sind für den Bereich ihrer Rechtsprechung die ordentlichen Gerichte ein notwendiges Glied.“[24]) Die einander entgegenstehenden Interessen sind bei beiden Autoren in durchaus einseitiger Weise gewürdigt. Es gilt für sie dasselbe, was bereits zu den Ausführungen von Morstein-Marx bemerkt wurde. Der Gegensatz der widerstreitenden Interessen hat hier eine Versöhnung nicht gefunden, ihre gegenseitige Abwägung ist zum Teil nicht einmal versucht worden. Als Anhänger von Morstein Marx — jedenfalls in dem ent-

[22]) Streitigkeiten S. 92 Anm. 2.
[23]) DJZ. 1921 S. 580.
[24]) aaO. S. 581.

scheidenden Teil der Beweisführung — ist schließlich noch Stoll [25]) zu nennen, der ebenfalls eine objektive Interessenabwägung als geeignete Methode einer Lösung des Problems bezeichnet. [26]) Er baut die dargestellte Begründung insofern weiter aus, als er den als erforderlich erkannten Verfassungsschutz darum dem Richter übertragen will, weil aus dem der gesamten Rechtsordnung zugrundeliegenden Rechtsstaatsgedanken die Notwendigkeit gerade gerichtlicher Überwachung — ähnlich der verwaltungsrechtlichen Exekutivkontrolle — der Gesetzgebung sich ergebe. Gegenüber der starken Betonung des Rechtsstaatsgedankens [27]) ist hier noch einmal auf die Darlegung Carl Schmitts zu verweisen, der nachweist, daß aus der allerdings heute maßgebenden Idee des Rechtsstaats die unbedingt justizförmige Erledigung aller sogar politischen Fragen nicht entspricht [28]); der Gedanke des Rechtsstaats bedeutet vielmehr in erster Linie die Forderung, daß „alles staatliche Handeln sich gesetzmäßig abspielen soll.“ [29])

Wenn Meinungen in der Frage des Prüfungsrechts mit überpositivrechtlichen Erwägungen in Beziehung gesetzt werden sollen, so ist das möglich durch eine Verbindung des Problems mit der Frage der Grundrechte. Hier finden jene Gedankengänge ihre stärkste Stütze; zur Auslegung einzelner Grundrechtsnormen sind sie geradezu unentbehrlich. Äußerungen zur Frage der Prüfungszuständigkeit finden sich insbesondere anläßlich der Behandlungen des Gleichheitssatzes, so bei Leibholz [30]) und Erich Kaufmann.[31]) Doch wird auch gelegentlich unmittelbar mit Hinweisen auf den Grundrechtsabschnitt der Reichsverfassung in der hier zu behandelnden Frage gearbeitet. [32]) Gemeinsamer Ausgangspunkt ist die überpositivrechtliche Begründung der Ansicht, daß der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz des Art. 109 Abs. I R. V. nicht nur Rechtsanwendungsgleichheit fordert, vielmehr eine bestehende verfassungsrechtliche Bindung auch des Gesetzgebers an überpositive Gerechtigkeitsprinzipien bedeutet. Wird dem Gleichheitssatz diese Auslegung gegeben, so ergibt sich die weitere Frage, wie die praktische Verwirklichung dieser Bindung des Gesetzgebers sich vollziehen könne. Und hier wird übereinstimmend darauf hingewiesen, daß das

---

[25]) JW. 1927 S. 1429 f. und 2617 ff. sowie in Iherings Jahrb. Bd. 76 S. 193 ff.

[26]) JW. 1927 S. 2618 lks.

[27]) Iher. Jahrb. 76, 199/201. Auch Preuß. Prot. Verf. Aussch. S. 483/484.

[28]) AöR. 16, 173 und 211.

[29]) so Stoll selbst in JW. 1927 S. 2618 r.

[30]) Gleichheit S. 124.

[31]) Veröff. StRL. III S. 18 ff., bes. S. 21.

[32]) so Gerber Z. f. Ostrecht III S. 8/9 und Bühler in DJZ. 1921 S. 581.

Problem der Grundrechte und insbesondere des Art. 109 I R. V. erst mit einer Entscheidung der Frage des richterlichen Prüfungsrechts zur endgültigen Lösung und Entscheidung kommt. Können bindende Wertungsrichtlinien der Verfassung gegenüber dem Gesetzgeber und dem von ihm tatsächlich erlassenen zu ihnen im Widerspruch stehenden Gesetz nicht durchgesetzt werden, dann ist die genannte Deutung der Grundrechte unfruchtbar und für die Praxis überflüssig. Der seiner ganzen Anlage und Stellung nach so wichtige zweite Hauptteil der Reichsverfassung hätte damit seine wesentliche Bedeutung verloren. Gegen diese indirekte Begründung des Prüfungsrechts kann allein eingewendet werden, daß sie für diejenigen, die eine derartige Methode ablehnen [33]), — sofern in dem tiefgreifenden durchgehenden Gegensatz innerhalb der heutigen Staatsrechtslehre nicht auch ein Gegensatz der Weltanschauung oder der Auffassung von der Aufgabe der Wissenschaft gesehen wird [34]), — nicht überzeugend sein kann. Auch bedeutet sie in gewisser Weise nur ein Anzeichen oder Indiz für die Lösung des hier gestellten Problems, das sonst als nur sekundäre Frage in dem übergeordneten Zusammenhang eines anderen, freilich höchst wichtigen, Einzelproblems des Verfassungsrechts erscheinen würde. Und damit hat diese Lösung selbst unter der Voraussetzung, daß die von den neuen Naturrechtlern vertretene Deutung der Grundrechtsnormen anerkannt wird, nur sehr bedingten Wert. Es ist jedoch die einzige bisher gefundene Begründung, die nicht aus rechtlichen Gründen abgelehnt werden müßte. Und insofern könnte sie als Anzeichen und Stütze für eine etwa aus anderen Gründen erfolgte Anerkennung der richterlichen Prüfungszuständigkeit von Wert sein.

II. § 11. Lösungen im Zusammenhang des Problems der Rechtswirklichkeit.

Mit den vorstehenden Ausführungen sind die bisher versuchten, aus unmittelbar staatsrechtlichem Zusammenhang entnommenen Lösungen des Problems erörtert. Damit sind alle Möglichkeiten, die eine rein staatsrechtliche Betrachtung zu ergeben vermochte, erschöpft. Es ist nunmehr zur Behandlung derjenigen Lösungen überzugehen, die durch andere Gesichtspunkte bestimmt, nämlich die aus dem übergeordneten Gesamtzusammenhang des Problems der Rechtswirklichkeit entnommen sind. Gelegentlich der kurzen Betrachtung zu verwendender Methoden [1]) ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die genannte Möglichkeit

---

[33]) so Nawiasky Mitbericht Veröff. StRL. III S. 25.

[34]) Tatarin-Tarnheyden in ZöR. VII S. 37 ff., bes. S. 40/41, ebenso Kelsen, etwa in Veröff. StRL. III Aussprache S. 25.

[1]) oben § 4 S. 18.

einer verschiedenen Einordnung des Problems besteht und aus dieser Erkenntnis heraus andere, neue Wege des Verfahrens einer Entscheidung der Frage des Prüfungsrechts gefunden werden konnten. Hierher gehören die Ausführungen von Adamovich und, weitgehend im Anschluß an ihn, von Hecking, in gewissem Umfang auch von Jeschke, vor allem aber von Gerber. Nicht überall wird in so starkem Maße der leitende Gesichtspunkt deutlich wie bei Gerber. Denn für diese Autoren handelt es sich in der Regel um einen Versuch, endlich einmal durch eine gewisse noch zu behandelnde Umkehrung des Problems eine unangreifbare Lösung zu geben. Dieser soeben genannte Punkt ist ihnen jedoch gemeinsam; er tritt überall deutlich hervor; er zeigt bei näherer Betrachtung, daß die Genannten die dargelegte Einordnung des Problems im Gegensatz zu seiner rein staatsrechtlichen Behandlung etwa im Rahmen des Verhältnisses von Gesetzgebung und Rechtsprechung — was als nicht unzutreffend erkannt wurde — übereinstimmend zur Grundlage haben .

Ausgangspunkt ist für alle genannten Autoren die Frage des Verhältnisses von Verfassung und Gesetz. [2]) Als wesentlich durch diese Frage getroffen wurde auch in diesen Ausführungen das Problem des Prüfungsrechts erkannt. Hier wird nun versucht, unmittelbar aus der Betrachtung dieses Verhältnisses die Lösung zu entnehmen. Übereinstimmend wird festgestellt, daß dieses — kurz gesagt — als Verhältnis der Über- und Unterordnung, der Bedingtheit des Gesetzes durch die Verfassung, aufzufassen sei. [3]) Und hieraus — doch zum Teil auch aus anderen Gründen [4]) — wird Nichtigkeitsfolge des gegen die Verfassung materiell oder formell verstoßenden einfachen Gesetzes abgeleitet [5]), die — das ist die dritte Stufe der Beweisführung — [6]) „von dem nur dem Gesetz unterworfenen Richter“ [7]) derart zu beachten sei, daß er dem als verfassungswidrig und damit als nichtig erkannten Gesetz die Anwendung zu versagen habe.

In erster Linie ist also auf die Frage des Verhältnisses von Gesetz und Verfassung zueinander und auf die Behauptung der Unterordnung und der Bedingtheit des ersteren einzugehen. Adamovich und Hecking gehen hier sehr klar

---

[2]) Hierauf hat bereits Triepel hingewiesen, vgl. Streitigkeiten S. 94. Vgl. dazu auch Manigk im Art. „Unwirksamkeit“ im Handw. d. R. S. 312.

[3]) Adamovich S. 28. Hecking S. 35. Vorsichtiger Gerber S. 4.

[4]) Gerber S. 9 ff.

[5]) Adamovich S. 38 u. 40, Hecking S. 36.

[6]) Adamovich S. 42 u. 44, Hecking S. 43, Gerber S. 14.

[7]) Hecking S. 44.

und einfach, aber auch sehr entschieden und einseitig vor. Aus vier Gründen könnte eine Überordnung der Verfassung über das Gesetz bezw. den Gesetzgeber folgen. Möglich ist zunächst das Vorliegen einer besonderen verfassunggebenden Gewalt nach dem konkreten Verfassungsrecht des einzelnen betrachteten Staates. Ein Beispiel geben hier die Vereinigten Staaten von Nordamerika; auch nach den Schweizer Bundes- und Kantonalverfassungen ist Verschiedenheit des einfachen Gesetzgebers und des Verfassungsgesetzgebers vorhanden. Hier liegen die Dinge dann völlig klar. Wird in diesen Staatsgrundgesetzen bestimmt, daß ihre Abänderung nur durch besondere Körperschaften in besonderem Verfahren, etwa durch das Statsvolk selbst, die Landsgemeinde, vorgenommen werden kann, so wird damit der Vorrang der Verfassung erwiesen und hieraus der Schluß auf das Bestehen der Prüfungszuständigkeit gerechtfertigt. Soll sie ausgeschlossen werden, so ist nur der Weg ausdrücklicher Verfassungsbestimmung in dieser Richtung gegeben, wie er in der Schweiz beschritten worden ist. Es ist daher auch ganz richtig, wenn Freund [8]) das Prüfungsrecht für die Vereinigten Staaten nicht unmittelbar aus dem Vorliegen der verfassunggebenden Gewalt, sondern aus dem daraus gefolgerten Vorrang der Verfassung gegenüber dem Gesetz schließt. Dieses Verhältnis der Bedingtheit ist hier das entscheidende, und eine Möglichkeit des Beweises ist eben der Nachweis des Vorlegens eines pouvoir constituant. Ein Mangel an Folgerichtigkeit kann damit Freund und den Autoren, die sich auf seine Darlegung des Rechtszustandes in den Vereinigten Staaten berufen, wenn sie bei der Entscheidung der Frage des Prüfungsrechts auf das Vorhandensein einer verfassunggebenden Gewalt abstellen, nicht nachgewiesen werden. [9]) Ein pouvoir constituant ist nun, wie allgemein anerkannt ist, nach heutigem deutschem Recht nicht anzunehmen. Die Verfassung läßt aus ihren Bestimmungen nicht darauf schließen; seine Annahme als grundlegende Voraussetzung jeder Verfassung bei Carl Schmitt [10]) ist unbedingt abzulehnen.

Möglich ist sodann die Annahme eines Überordnungsverhältnisses in Bezug auf Gesetz und Verfassung, wenn von dem in der Verfassung festgelegten Prinzip der Volkssouveränität ausgegangen wird. Nach Hecking hat das Volk als Souverän die formellen und materiellen „Voraussetzungen festgelegt, unter welchen den Akten der Gesetzgebung die Eigenschaft eines bindenden Gesetzes zukommen soll.“ [11]) Die Verfassung sei, so wird nachdrücklich festgestellt,

---

[8]) Freund S. 84.

[9]) Vgl. Hecking S. 40 oben.

[10]) Verfassungslehre S. 9, 21 u. ff. Zu vergleichen auch Jeschke JW. 1922 S. 81/82.

[11]) Hecking S. 35.

das Werk des souveränen Volkes, das Volk habe sich zur Quelle aller Staatsgewalt erklärt. Alle Staatsgewalt, die von bestimmten Organen im Rahmen der Gewalten- bezw. Funktionenteilung ausgeübt werde, erhalte dadurch abgeleitete Rechtsnatur. Die Gesetzgebung sei somit durch die Verfassung als höchste Rechtsordnung bedingt. [12]) In dieser Allgemeinheit ist eine derartige Folgerung aus dem Grundsatz der Volkssouveränität nicht zutreffend. An anderer Stelle ist bereits bemerkt [13]), daß die Konstruktion verschiedener Gewalten und der ihnen allen übergeordneten höchsten und einheitlichen besonderen Staatsgewalt nicht richtig ist; auch Hecking [14]) hat sich bei der Betrachtung der Lehre Schacks hiergegen gewandt. Jeschke [15]), gegen den sich Hecking selbst deshalb wendet [16]), hat mit größter Folgerichtigkeit aus dem Art. 1 II R. V. und der geschichtlichen Herkunft dieser Verfassung aus der Nationalversammlung als Volksrepräsentation auf das Vorliegen eines besonderen pouvoir constituant auch nach heutigem deutschem Verfassungsrecht geschlossen. [17]) Allerdings konnte die Nationalversammlung aus der Natur der Dinge heraus nur eine vorübergehende Erscheinung sein. Auch die Fälle unmittelbarer Beteiligung des Volkes an der Veränderung der Verfassung (und diese entscheidet hier, nicht derartige Teilnahme an der Gesetzgebung) durch Volksbegehren und Volksentscheid ist ihrer Schwerfälligkeit wegen nicht überall durchführbar; sie ist außerdem gar nicht einmal so selten wie Hecking annehmen möchte. Hecking unterscheidet sich damit doch nur in der wesentlich vorsichtigeren Formulierung von Jeschke, der entschiedener die Folgerungen deutlich macht, die nun einmal gezogen werden müssen, wenn man dem Gedanken des Art. 1 I R. V. und der geschichtlichen Tatsache der Nationalversammlung solche entscheidende Bedeutung zuerkennt. Mit der Bezeichnung des Volkes als „Quell aller Staatsgewalt“ kann hier nicht die Entscheidung umgangen werden. — Jedoch ist eine derartige grundlegende Wichtigkeit den genannten Voraussetzungen nicht zuzuerkennen. Einmal dürfte Jeschkes klare Entscheidung für die Gegebenheit der verfassunggebenden Gewalt zum Teil auf der Verkennung der Bedeutung des Repräsentationsprinzips beruhen [18]). Sodann läßt sich der Gedanke der Volkssouveränität m. E. richtiger als grundlegende Rechtfertigung und Legitimierung der durch die Bestimmungen

[12]) aaO. S. 35/36.
[13]) oben § 9 S. 41/42.
[14]) Hecking S. 22/21.
[15]) JW. 1922 S. 81 f., weniger entschieden Diss. S. 47/9.
[16]) aaO. S. 38/39.
[17]) Eine formelle Prüfung schließt er allerdings wegen Art. 70 R.V. aus. Diss. S. 104 u. JW. aaO.
[18]) Verkennung auch bei Schmitt Verf. Lehre S. 205.

der RV. eingesetzten Herrschaftsträger auffassen [19]); hierauf deutet bereits seine Stellung am Anfang der Verfassungsurkunde unter den Bestimmungen über Staatsgebiet und Symbole. Eine mehr noch [20]) als durch Art. 1 II RV. durch die geschichtlichen Tatsachen des Jahres 1919 geschaffene gewisse tatsächlich bestehende Überordnung der Verfassung über das Gesetz, die auch in freilich etwas dunklen Ausdrücken wie „Staatsgrundgesetz" zum Ausdruck kommt, ist also durchaus vergeistigter Art. Sie ist ideenmäßig bestimmt und es könnte daher vielleicht von einem ideologischen Überordnungsverhältnis gesprochen werden. Alle Berührungen zur Stufentheorie des Rechts, die nach der Lehre nicht sowohl von Jeschke als vor allem von Hecking sich ergeben müßten, sind daher für das hier zu behandelnde Problem auszuscheiden [21]). Der Gedanke der Volkssouveränität erweist sich also nach diesen Ausführungen als nicht genügend zur Begründung einer Auffassung der Bedingtheit des Gesetzes durch die Verfassung, wie sie zum Beweise der Nichtigkeit des verfassungswidrigen Gesetzes bezw. des Bestehens des Prüfungsrechts im Zuge der hier zu behandelnden Beweisführung erforderlich wäre.

Die weitere dritte Möglichkeit der Annahme eines ausgeprägten Überordnungsverhältnisses bietet insbesondere für Adamovich die Betrachtung des Art. 76 R. V. [22]). Hiernach sind Verfassungsänderungen im Wege der gewöhnlichen Gesetzgebung zulässig, jedoch in ganz bestimmter Weise (doppelte Zweidrittelmehrheit im Reichstag und einfache Zweidrittelmehrheit im Reichsrat) erschwert. Allein aus dem Umstand, daß Verfassungsänderungen zwar durch den Gesetzgeber, aber unter erschwerenden Umständen erfolgen können, auf das zur Beweisführung gewünschte Bedingtheitsverhältnis zu schließen, erscheint nicht richtig und wird auch im Schrifttum abgelehnt [23]). Es ergibt sich auch bei näherer Betrachtung, daß die von Adamovich aus Art. 76 gezogene Folgerung wesentlich bereits auf den Grundauffassungen der Stufenlehre beruht: für ihn ist a priori das Verhältnis von Gesetz zu Verfassung gleich dem der Verordnung zu dem sie bedingenden Gesetz [24]); das Vorhandensein des

[19]) vgl. dazu Smend Verf. u. Verf. Recht S. 34, 42 usw.

[20]) so auch Hecking S. 35 und S. 38 a. E.

[21]) auch Gerber aaO. S. 3 Anm. 5a rückt deutlich von Merkl und Kelsen ab, wenn auch Berührungen seiner Auffassung mit der Stufenlehre unverkennbar sind. (S. u.!)

[22]) Adamovich S. 28 u. 31. Zu vergleichen auch Bühler DJZ. 1921 S. 582.

[23]) Vgl. z. B. Anschütz Komm. 8. Aufl. S. 229 unter 2.

[24]) Vgl. S. 30 aaO.

Art. 76 bedeutet nur noch eine angebliche positivrechtliche Stütze seiner Ansicht. Wie also keine Verordnung ohne (materielle oder formelle) gesetzliche Grundlage denkbar ist, so soll auch ein Gesetz ohne (materielle oder formelle) Verfassungsgrundlage nicht vorliegen. Eine Unterscheidung nach verfahrensrechtlichen und sachlichen Voraussetzungen der Gesetze, wie sie Adamovich vornimmt [25]), ist dabei mit Hecking [26]) und den dort Genannten nicht anzuerkennen. Eine Auseinandersetzung mit der neuen Wiener Lehre kann in diesem Zusammenhang nicht erfolgen. Auf ihre Bedeutung für die Frage des Prüfungsrechts sowie auf die Gesichtspunkte, die m. E. gegen die Übernahme dieser Lehre vom Stufenaufbau der Rechtsnormen sprechen, muß hier aber noch kurz hingewiesen werden.

Aus der soeben dargelegten Auffassung folgt die einwandfreie Bejahung der richterlichen Prüfungszuständigkeit. Sind alle Rechtsvorschriften dergestalt gradweise abgestuft, daß jede höher geordnete die Existenz der nachgeordneten Norm bedingt, so ist es nicht denkbar, daß eine Anordnung überhaupt verbindlich besteht, die den Voraussetzungen ihrer Entstehung nicht entspricht und somit rechtswidrig ist. Hier zeigt sich die Berührung mit Kelsens Lehre vom fehlerhaften Staatsakt: es braucht kein Beweis mehr geführt zu werden, daß die rechtswidrige Norm nichtig sei, denn ein Bestehen einer solchen Anordnung ist von vornherein undenkbar; „absolute Nichtigkeit zu statuieren . . . erübrigt für den Gesetzgeber“ [27]). Gerade im Zusammenhang der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt, die im Rahmen der Lehre vom Staatsorgan entwickelt wird, bringt Kelsen seine Ansicht über das Prüfungsrecht [28]). Diesem Gedankengang gegenüber tritt, nachdem Kelsen sich der von Merkl begründeten Stufenlehre angeschlossen hat, die von ihm mehrfach an anderer Stelle ausgeführte „Zurechnungs“-Überlegung [29]) an Bedeutung zurück, auf die Adamovich entscheidend abstellt. Nach Adamovich ist die Zurechnung einer erlassenen Anordnung zu der sie erlassenden Behörde deshalb nicht möglich, weil die Behörde nur im Rahmen der ihr gegebenen verfahrensrechtlichen Vorschriften und sachlichen Umgrenzungen wirksam handeln kann und Recht zu schaffen vermag. Fehlt also der vom Gesetzgeber erlassenen Anordnung die (formelle oder materielle)

---

[25]) S. 31 aaO.

[26]) S. 42 a. E.

[27]) Kelsen, Allgemeine Staatslehre S. 285.

[28]) Kelsen, Allgemeine Staatslehre S. 287 ff., 285 ff.

[29]) Kelsen Staatsunrecht S. 11 ff., 16/17; Hauptprobleme S. 183/4; Allgemeine Staatslehre S. 48 ff. (dort allgemein entwickelt).

Verfassungsgrundlage, so liegt ein Gesetz hiernach überhaupt nicht vor. Diese verschiedenen Gedankengänge sind bei Adamovich nicht klar voneinander geschieden; sie werden in seiner Beweisführung miteinander verbunden.

Es ergibt sich, daß die Lehre vom Stufenaufbau der Rechtsnormen in mehr oder minder von Merkl abweichender Prägung diesen Beweisen eines Prüfungsrechts zugrunde liegt. Sie ist notwendige Voraussetzung, wenn man ein ausgeprägtes Überordnungsverhältnis der oben dargelegten Art [30]) annehmen will; allein aus Art. 76 R. V. kann ein derartiger Schluß nicht gezogen werden. Bedenkt man die Folgerungen, die Adamovich und Kelsen aus der Betrachtung dieses Verhältnisses ziehen, so zeigt sich, daß hier eine Verkennung der Bedeutung des Gesetzes und damit auch der grundlegenden Fragestellung, wie sie in dieser Arbeit vorausgesetzt wurde [31]), vorliegt. Gegen die Übernahme der Stufenlehre im besonderen ist ein anderes geltend zu machen [32]): sie wird m. E. der Wirklichkeit der Rechtserscheinungen nicht gerecht und es gelingt ihr nicht, ein logisch einwandfreies System der rechtsbedeutsamen Akte zu schaffen. Es fehlt einerseits der letzten Gruppe der Stufenordnung, den reinen Rechtsanwendungsakten, der Rechtsnormcharakter, und sie treten damit aus dem einheitlichen System heraus. Auf der anderen — gerade hier interessierenden — Seite muß festgestellt werden, daß auch die Verfassung den Gesetzen zumindest nicht artgleich ist, da ihrem wesentlichen Bestandteil, der Regelung der Rechtserzeugung, Zwang und Durchsetzungsmöglichkeit fehlt, da die Verfassung den Charakter des rechtlichen Könnens, nicht des Müssens trägt. Die von Kelsen übernommene Stufenlehre hat m. a. W. den beherrschenden Gegensatz von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung (auf den Gerbers Ausführungen zurückgehen,) zu Unrecht relativiert [33]). Es kann aus diesen Erwägungen eine d e r a r t begründete Überordnung der Verfassung über das Gesetz nicht zugegeben werden; die Verfassung kann nicht als das Gesetz absolut bedingend angesehen werden. Fraglich ist eben gerade, ob ein irgendwie fehlerhaftes Gesetz als mit höchster Autorität ausgestattete Staatswillensäußerung

---

[30]) Vgl. S. 54 a. f.

[31]) Oben § 3 S. 11/12.

[32]) Eine eingehende Darlegung würde zu weit ab vom Thema führen. Nähere Ausführungen bei Nawiasky in Z. f. öff. R. VI., 488 ff., bes. 490 ff., 491 ff., an den sich die kurzen Formulierungen des Textes anschließen. — Zur Stufenlehre ist weiter zu vergleichen Manigk im Zentralblatt f. d. jurist. Praxis 1929 S. 537 f.

[33]) Vgl. Kelsen Allgem. Staatslehre S. 231.

in allgemeiner Form [34]) nunmehr sofort nicht nur als rechtswidrig, sondern auch als nichtig beurteilt werden darf.

Auf besondere Weise, die am klarsten unter den hier zu behandelnden Lösungsversuchen den grundlegenden Gedankengang zeigt, hat Hans Gerber [35]) die zur weiteren Beweisführung erforderliche Überordnung der Verfassung über die Gesetze zu begründen versucht. Auch er unternimmt es, die Frage des Prüfungsrechts, die im Wesen die Frage des Verhältnisses von Verfassung und Gesetz ist, gerade im Anschluß an die Betrachtung und Bewertung dieses Verhältnisses zu lösen. Er bestimmt es im Rahmen einer kurzen Behandlung des umfassenden Problems der Rechtswirklichkeit als das von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung. Damit ist gesagt, daß die Verfassung einen Rahmen abgibt, innerhalb dessen die Rechtssetzung sich abspielt. Sie steht daher nicht „zur Disposition der Legislative“ [36]), sie ist vielmehr eine höhere Norm über den Gesetzen [37]). Gesetzgebung ist Verfassungsrechtsanwendung [38]). Er geht weiter davon aus, daß alle modernen ebenso wie die vorkonstitutionellen „Verfassungen“ (im Sinne von Smend und Carl Schmitt; geschriebene Verfassungen bestanden in dieser früheren Zeit allerdings nicht) keinen souveränen Gesetzgeber kennen; sie unterwerfen ihn vielmehr einer Bindung, sei es an kirchliches oder aufklärerisches Naturrecht, sei es an ein Wertsystem von Grundrechten, deren Aufgabe es ist, in einer weltanschaulich zerrissenen Zeit rechtssatzmäßige, allgemein anzuerkennende Gerechtigkeits-Wertungssätze darzustellen [39]). Damit ist in weitem Umfange, über die Nichteinhaltung von Verfahrensvorschriften hinaus, die Möglichkeit rechtswidriger Gesetzgebung gegeben. Die Nichteinhaltung formeller Vorschriften ist ihr insofern gleichwertig, als auch für diese Bestimmungen in gleicher Weise eine Bindung des Gesetzgebers an die übergeordnete Norm besteht. Hier zeigen sich Verbindungen zu den im vorigen Paragraphen angedeuteten [40]) Erwägungen, die auch in der Frage des Prüfungsrechts an das Problem der Grundrechte, an ihr Vorhandensein und die Notwendigkeit einer entsprechenden praktischen Durchsetzungsmöglichkeit anknüpfen. Von der zuvor

---

[34]) Davon geht auch Wittmayer S. 458 aus. Viel zu weitgehend die entgegengesetzte Auffassung bei Triepel Streitigkeiten S. 93.

[35]) Z. f. Ostrecht III S. 1 ff.

[36]) Anschütz Komm. S. 348, Schelcher S. 73.

[37]) Gerber aaO. S. 4.

[38]) „ ebda.

[39]) „ S. 8.

[40]) Oben S. 49/50.

behandelten Stufenlehre, die den Auffassungen von Adamovich zugrunde lag, unterscheidet sich Gerbers Ansicht in einem wesentlichen Punkte. Während jene, indem sie den Gegensatz von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung relativierte, zu einem einheitlichen System der Rechtserscheinungen zu gelangen suchte, erkennen Gerbers Ausführungen gerade diesen Gegensatz an und legen ihm entscheidende Bedeutung bei [41]). Und da nicht die Ansicht vertreten wird, daß die Existenz der Gesetze durch Erfüllung aller Verfassungsbestimmungen bedingt sei, ist es für Gerber notwendig, an zweiter Stelle noch einen Beweis für die Nichtigkeit des als rechtswidrig erkannten Gesetzes zu geben. Seine Ansicht nähert sich mehr der oben angedeuteten Auffassung, daß hier ein nur ideologisch bestimmtes Überordnungsverhältnis vorliegt, und hieraus erklären sich auch die soeben genannten Berührungen mit dem Problem der Grundrechte.

Im Ausmaße der dargelegten vorsichtigen Fassung ist Gerber durchaus zuzustimmen. Die Wertung des Grundrechtskatalogs ist als richtig anzuerkennen. Auch die verfahrensrechtlichen Vorschriften der Verfassung haben selbstverständlich größte juristische Bedeutung. Aber, und das ist entscheidend, hiermit ist zu zunächst, wie auch Gerber selbst zugibt [42]), nur festgestellt, daß bei formellen oder materiellen Verstößen rechtswidriges Handeln vorliegt. Da nun, wie schon mehrfach betont, im Falle des gegenüber der Verfassung rechtswidrigen Gesetzes nicht ohne weiteres völlige Bedeutungslosigkeit des Vorgangs, Vorliegen eines „nichtigen, rechtlich völlig irrelevanten Aktes“ [43]) angenommen werden kann, darf nicht auf Grund einer „Zurechnungs“-Überlegung [44]) das „Gesetz“ als nicht vorhanden und damit als unbeachtlich und nicht anwendbar behandelt werden. Und nunmehr kann von richtiger Grundlage aus die zweite Stufe der Beweisführung betrachtet werden. Für Adamovich ist die nun entstehende Frage bereits entschieden; für ihn liegt ein völlig irrelevanter Akt vor, der überhaupt nicht beachtet werden darf. Auch Hecking berührt sich eng mit dieser Auffassung. Das Zustandekommen eines Gesetzes ist nach ihm ja formell und materiell durch die Verfassung „bedingt, nach dem erklärten Willen des Volkes“ [45]); im Falle von Verstößen stellt das Gesetz daher einen nichtigen Akt dar. Hecking beruft sich hierbei ausdrücklich

[41]) Z. f. Ostrecht III S. 3/4.
[42]) aaO. S. 6.
[43]) Adamovich S. 24, auch 26, 40 usw.
[44]) Vgl. Kelsen Hauptprobleme S. 183/4, Staatsunrecht S. 11 ff., bes. S. 16/7; Adamovich S. 19 f. für Verordnungen, S. 40 für Gesetze.
[45]) Hecking aaO. S. 36.

auf Adamovich und Kelsen. Allein Gerber hat einen exakten Beweis für die Nichtigkeit des verfassungswidrigen Gesetzes gegeben. Er entwickelt aus Art. 70 R. V., — hier kann auf die früher gegebene Darstellung verwiesen werden [46]) — der nach ihm eine bloße Vorprüfung darstellt, in der aber gegebenenfalls bereits Nichtigkeit geltend gemacht werden kann und muß, und aus dem Zusammenhang des Art. 13 R. V. den Nichtigkeitsgrundsatz für das Gesetzgebungsverfahren, der durch Hinweis auf ähnlich gelagerte verwaltungsrechtliche Fälle noch gestützt wird [47]). Damit ist allerdings noch nichts Entscheidendes über das Prüfungsrecht ausgesagt. Gegen Jellinek [48]) und Schelcher [49]), die nur Anfechtbarkeit des fehlerhaften Gesetzes annehmen wollen, ist aber festzuhalten, daß mit guten Gründen Nichtigkeit gefolgert werden muß. Theisen [50]) hat richtig hervorgehoben, daß die Verfassungsbestimmungen über das Zustandekommen von Reichsgesetzen so grundlegend sind, daß sie nicht mit einem Prozeßverfahren oder mit einem ähnlichen verwaltungsrechtlichen Vorgang [51]) verglichen werden können. Dieser wesentliche Unterschied hängt zusammen mit der gesteigerten Autorität des mit Geltungsanspruch auftretenden anscheinenden Gesetzes, bei dem die „äußeren Formalien" in Ordnung gehen, im Gegensatz zum Verwaltungsakt, der eben andererseits auch die unmittelbare Annahme eines Nichtgesetzes nicht ohne weiteres zuläßt.[52]) Ein Schluß hieraus auf das Gegenteil etwa derart: die Autorität des fehlerhaften „Gesetzes" zeige, daß nicht wesentlich sei, ob die Bestimmungen über das Zustandekommen des Gesetzes eingehalten worden seien, ist nicht richtig. Das ergibt der Vergleich mit verwaltungsrechtlichen Erscheinungen; ist die Bedeutung des erlassenen Aktes gesteigert, so muß auch die Bedeutung der sachlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften größer sein, da sonst die Sicherungen für die Rechtmäßigkeit des Aktes mit geringerer Bedeutung die stärkeren sein würden. Die für das Verwaltungsrecht entwickelten Lehren vom fehlerhaften Staatsakt können darum nicht zum Vergleich herangezogen werden. Allein Kelsens Lehre, die ausdrücklich auch für das Gesetzgebungsverfahren gelten soll, kann hier verwertet werden. Auf ihre Ergebnisse ist oben bereits hingewiesen worden. — Nichtigkeit des „Gesetzes"

---

[46]) oben § 6 S. 25/26.

[47]) Vgl. Gerber aaO. S. 11—13.

[48]) Jellinek DJZ. 1921 S. 754.

[49]) Schelcher S. 63/64.

[50]) Theisen AöR. 8, 270.

[51]) auf diesen Gesichtspunkt deutet auch Stier-Somlo, ein Vertreter der Prüfungszuständigkeit, in AöR. 3, 107 hin; vgl. auch Wittmayer S. 460.

[52]) Vgl. oben § 3 S. 12.

muß also angenommen werden, wenn klar erkennbar ist, daß gegen die wichtigen Rechtserzeugungsregeln verstoßen wurde. Auf die Frage, ob ein richterliches Prüfungsrecht besteht, ist — wie noch gezeigt werden soll — damit keine Antwort gegeben. Denn hierbei kommt es darauf an, wie im Zweifelsfalle die Rechtmäßigkeit des Gesetzes beurteilt werden soll.

Es bleibt damit, da die weitgehende Auffassung der Bedingtheit des Gesetzes durch die formell- und materiellrechtlichen Normen der Verfassung, wie sie von Adamovich und Hecking vertreten wird, abgelehnt wurde, nur noch die Ansicht Gerbers zur Erörterung, der nunmehr in dritter Linie den Beweis zu führen versucht, daß die Nichtigkeit des fehlerhaften Gesetzes vom Richter festzustellen und zu beachten sei. Zwei Gründe sprechen nach Gerber hierfür. Zunächst zieht er einen direkten Schluß aus Art. 13 II auf das Vorhandensein des Prüfungsrechts. Daß dieser abzulehnen sei, ist oben bereits dargelegt.[53]) Sodann wird ausgeführt, der Richter sei nur dem Gesetz unterworfen, — insoweit das alte Argument, das als petitio principii erkannt wurde; er habe, so wird weiter daraus gefolgert, die besondere Organpflicht, der Geltung des Gesetzes zu dienen, und, darüber hinaus, den „Geltungsbestand von Rechtswirklichkeit zu schützen.“[54]) Hiermit ist der Boden rechtswissenschaftlicher Erkenntnis verlassen; es bleibt die bloße, durch rechtsstaatliche Ideale gestützte Behauptung. Das zeigt auch allgemein die Betrachtung seiner Methode, die die angedeutete Umkehrung des Problems im Anschluß an die Wiener Lehren, aber doch in deutlichem Abstand von ihnen, verwertet. Er geht zunächst aus von der Nichtigkeit eines fehlerhaften Gesetzes, und er kommt dann aus der Erwägung, daß ein nichtiges Gesetz unmöglich als gültig behandelt werden könne, zur Anerkennung der Prüfung durch den Richter. Gegen dieses Verfahren hat sich mit Recht Carl Schmitt gewendet[55]): daß verfassungswidrige Gesetze nichtig (doch nicht, wie er meint, ohne weiteres unbeachtlich) sind, verstehe sich von selbst; fraglich sei nur, wer den Z w e i f e l über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes entscheide. Denn der Fall möglicher Zweifel ist es gerade, der die Frage des Prüfungsrechts unmittelbar aus der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit und der eventuellen Nichtigkeit zu entscheiden nicht gestattet. Daß zudem aus der Idee des Rechtsstaates nicht unmittelbar auch auf entsprechende konkrete verfassungsrechliche Regelungen geschlossen werden kann[56]), zeigt auch das Bei-

---

[53]) Vgl. oben § 6 S. 25/26.

[54]) Gerber aaO. S. 14.

[55]) Verfassungslehre S. 196.

[56]) vgl. auch Carl Schmitt AöR. 16, S. 174.

spiel des Art. 19 R. V., der bewußt den Tatbestand der Reichs-Verfassungsstreitigkeit übergeht. Es kann somit auch Gerbers Ergebnissen nicht zugestimmt werden.

Auch auf Thoma ist im Rahmen der Erörterungen, die an den Sinnzusammenhang des Rechtslebens oder, wie Smend es ausdrückt, an die Betrachtung des Rechtsfunktionensystems anknüpften, noch kurz einzugehen. Seine Ausführungen wurden zunächst als durch teleologische Gesichtspunkte bestimmt gewürdigt, da sie einmal die Frage, ob die Verfassung sich selbst in ausreichendem Maße schütze, aus dieser Verfassung heraus durch Auslegung einer Reihe von zusammenhängenden Bestimmungen beantworten und da sie sodann eine Abwägung als schutzwürdig erkannter Interessen gegeneinander vornahmen. Es wurde hierbei festgestellt, daß die derart gestellte Frage nicht gelöst werden konnte, weil das Interesse an dem trotz gewisser Schutzvorschriften nicht ausreichenden Verfassungsschutz von Thoma wegen seiner irrtümlichen Folgerungen aus dem System der Art. 70—74 R. V. nicht genügend gewürdigt wurde und weil andererseits bei richtiger Bewertung der gegenüberstehenden Interessen ein gegenseitiger Ausgleich nicht möglich erschien. Thoma hat, indem er mit kurzer Begründung aus Art. 70 ff. das Vorhandensein des erforderlichen Verfassungsschutzes gegen Verletzungen insbesondere durch den Gesetzgeber feststellen zu können glaubte, die von ihm gegebene Entscheidung des Problems also letztlich auf den Notwendigkeiten der Rechtssicherheit und Rechtsberechenbarkeit [57]) aufgebaut. Und hiermit handelt es sich um Erwägungen, die in dem gleichen Zusammenhang liegen, der auch für die zuvor behandelten, vor allem für Gerber, aber auch für Adamovich und Hecking maßgebend war. Entscheidend war dort die Überlegung, daß als rechtswidrig und nichtig erkannte „Gesetze" keinesfalls als gültig behandelt werden dürften. Als bindendes Gesetz sollte nur angesehen werden eine Norm, die den formellen Vorschriften für den Gang ihrer Entstehung sowie den inhaltlichen Richtlinien und Begrenzungen insbesondere durch die in den Grundrechten niedergelegten Wertungsgrundsätze entspricht. Thoma geht jedoch gerade in entgegengesetzter Richtung vor. Er hält es für unerheblich, wenn auf der Grundlage der Verfassung entstehendes Recht, wie es die Gesetze unzweifelhaft darstellen, einmal mit diesem Grundrecht (im Sinne des zugrundeliegenden Rechts) im Widerspruch stehen und somit die Wirklichkeit des Rechts in einheitlichem System durchbrochen wird [58]), wenn,

---

[57]) nach den nur gering voneinander abweichenden Formulierungen bei Thoma AöR. 4, S. 273 und Triepel Streitigkeiten S. 92 Anm. 2.

[58]) vgl. Gerber S. 4, der Rechtswirklichkeit als „notwendige Einheit von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung" bezeichnet, hier also

wie er einmal sagt, „gelegentlich die vollkommene Rechtsrichtigkeit zu kurz kommt.“ [59]) Seine Schlüsse fußen daher nicht auf den Forderungen erkannter Rechtswirklichkeit, doch steht seine Lösung, sofern, wie hier, von seiner — als verfehlt angesehenen — Würdigung des Systems des Verfassungsschutzes abgesehen werden kann, durchaus in einem Zusammenhang, der von der Betrachtung der Frage des Prüfungsrechts als einer Frage des Rechtslebens der Rechtsgemeinschaft bestimmt ist. Sie bleibt aber, wie ja auch die Ausführungen Gerbers in anderer Richtung, einseitig, indem sie allein den unzweifelhaft wichtigen Forderungen der Berechenbarkeit gerichtlicher Entscheidungen zumindest in Bezug auf die dort zur Anwendung kommenden Rechtsnormen sowie der Rechtssicherheit im Sinne der Aufrechterhaltung einmal erlassener Normen entscheidende Bedeutung zuerkennt. [60]) Hält man diese beiden, im Rahmen der Betrachtung als Frage des Rechtslebens für den dritten Beschauer sich ergebenden Gesichtspunkte sich vor Augen, so ergibt sich, daß hier wiederum eine gegenseitige Abwägung hätte vorgenommen werden müssen. Doch ist dazu zu bemerken, daß einerseits die Ausführungen Gerbers an ihrer entscheidenden Stelle — Ableitung des Prüfungsrechts aus der Pflicht des Richters, „den Geltungsbestand von Rechtswirklichkeit zu schützen“ — nicht durchschlagen, daß andererseits auch die Voraussetzung dieser Betrachtung bei Thoma — irrtümliche Ablehnung der Notwendigkeit des Verfassungsschutzes auch nach neuem Verfassungsrecht — hier wegfallen müssen, so erscheint es nicht erforderlich, die angedeuteten Erwägungen an dieser Stelle vorzunehmen. Sie würden zudem wieder auf ein teleologisches Verfahren hinauskommen, in dem dann m. E. eine Ausgleichung beider in diesem Sinne berechtigter und allein im Rahmen einer Betrachtung des zu entscheidenden Problems als einer Frage des Rechtslebens einander gegenübertretender Interessen nicht möglich sein würde. Es kann daher die Möglichkeit einer Lösung des zu entscheidenden Problems aus seiner Betrachtung als Frage des Rechtslebens heraus, wie sie bereits Smend verlangte [61]), nicht zugegeben werden.

Einheit von Verfassungsinhalt und Verf.-Anwendung (= Gesetzgebung) fordert.

[59]) aaO. S. 273.

[60]) dazu zu vergleichen Stoll in Jherings Jahrbuch Bd. 76, S. 198 Anm. 1.

[61]) Verf. und Verf.-Recht S. 153.

III. § 12. Versuch einer eigenen Entscheidung.

Mit den vorstehenden Ausführungen der §§ 5 bis 11 sind in den großen Linien alle bisher versuchten Begründungen einer Entscheidung der Frage des Prüfungsrechts kurz dargestellt und auf ihre mögliche Bedeutung für eine Lösung des Problems untersucht worden. Als Ergebnis dieser Untersuchungen muß festgestellt werden, daß ein einwandfreier Beweis für oder gegen das Prüfungsrecht nicht geführt ist. Gleich war, in welchem übergeordneten Zusammenhang das Problem betrachtet wurde; weder Erörterungen, die unmittelbar von der Verfassung, ihrem Wortlaut, den Materialien ausgehen, noch allgemeine juristisch-dogmatische Erwägungen, die sich auf Prinzipien der Gewaltenteilung oder Institutionen wie Ausfertigung und Verkündung stützen, noch teleologisch bestimmte Interessenabwägung oder auch Betrachtungen, die die Forderungen der Rechtssicherheit und Rechtsberechenbarkeit oder in Gegensatz hierzu der Rechtswirklichkeit als Einheit von Verfassungsinhalt und Verfassungsanwendung zum Ausgang nahmen, konnten zum Ziel führen. Allein Betrachtungen, die von einer überpositivrechtlichen Deutung der Grundrechte, insbesondere des Gleichheitssatzes ausgehen, ließen eine gewisse einer Prüfung günstige Tendenz der Verfassung erkennen, die gegebenenfalls als Unterstützung einer das Prüfungsrecht aus anderen Gründen bejahenden Ansicht verwertet werden könnten. Die Regelungen in anderen Staaten, auf die in neuerer Zeit Arndt [1]) und Jellinek [2]) hingewiesen haben, sind national bedingt und zum großen Teil positivrechtlich getroffen. Auch sie können keinen Anhalt zur Entscheidung geben. [3]) Vor allem können Staaten mit besonderem pouvoir constituant, dessen Vorliegen in Deutschland — zu Unrecht — nur von Carl Schmitt angenommen wird [4]), nicht zum Vergleich herangezogen werden; hierüber ist bereits bei Behandlung der Lehre von Adamovich und Hecking gesprochen worden.

Es ist demgegenüber auch bereits angedeutet worden, daß dieses Ergebnis m. E. ein notwendiges ist [5]), das nicht anders erwartet werden konnte. [6])

---

[1]) Arndt Recht 1920 S. 106/107.

[2]) Jellinek DJZ. 1921 S. 753.

[3]) ebenso Hecking S. 27, auch Rümelin S. 36 zu A. 3.

[4]) Verfassungslehre S. 21, 75 ff.

[5]) ebenso — mit eingehenden methodologischen u. rechtsphilosophischen Erwägungen — Nützenadel S. 40 ff., bes. S. 50/51.

[6]) vgl. auch Breiholdt AöR. 10, S. 318 ff., dessen Methode der Lösung aber weitgehend wie bei Thoma rein subjektiv u. daher un-

Allein diese Erkenntnis schafft zugleich eine Möglichkeit zur wirklichen Lösung dieses „echten Problems“ [7]), die nicht erst de lege ferenda erwartet werden kann. [8]) Zunächst können aus dem bisher Dargelegten Folgerungen gezogen werden, die Richtlinien für diese Lösung ergeben. Eine ganze Reihe von Autoren weist bereits andeutungsweise über die bisher geübten Argumentationen hinaus, insbesondere bei Gelegenheit der Darstellung eines angeblich auf teleologischem Wege gefundenen Ergebnisses. In erster Linie ist hier Thoma zu nennen. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß sein die entscheidende Wendung bedeutender Vortrag auf der ersten Staatsrechtslehrertagung [9]) einen Vorstoß in dreifacher Richtung enthält. Zunächst war darin die teleologische Methode im Sinne einer Interessenabwägung zu finden, die, wie Triepel gesagt hat [10]), „die Maßstäbe, an die sie sich hält, in der Sphäre des Objektiven sucht“ und somit nicht als rein subjektiv bestimmt angesehen werden kann. [11]) Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß Thoma infolge seiner irrtümlichen Würdigung des Selbstschutzsystems der Verfassung in den Art. 70 bis 74 R. V. letztlich entscheidend abstellt auf die Forderungen der Rechtssicherheit und Rechtsberechenbarkeit, waren seine Argumentationen zugleich in den Zusammenhang einer Betrachtungsweise zu stellen, die in der Frage des Prüfungsrechts ein Problem des in gewisser Weise isolierten [12]) Rechtslebens der Rechtsgemeinschaft sieht. Er hat aber darüber hinaus noch ein Drittes stark betont. Er hält es angesichts der methodologischen Unlösbarkeit des Problems für berechtigt, eine r e i n subjektive Entscheidung, eine allein aus dem Willen des Entscheidenden bestimmte Lösung zu geben. [13]) Wenn diese drei genannten Gesichtspunkte bei Thoma selbst nicht klar geschieden werden, so ist das darauf zurückzuführen, daß er zur vollen Klarheit über das Wesen der teleologischen Methode nicht gekommen zu sein scheint; erklärlich ist dies zudem aus der starken Kampfstellung gegenüber den bisherigen Lösungen des Problems, aus der großen Offenheit und Ehrlichkeit seiner negativen Erkenntnisse. Diese letzte Sinndeutung des Thomaschen Verfahrens ist jedoch als juristische Beweisführung scharf abzulehnen.

---

brauchbar ist.

7) Thoma AöR. 4, S. 272.

8) insoweit richtig Gerber Östrecht III S. 1.

9) in AöR. 4, S. 267 ff.

10) Staatsrecht und Politik S. 39.

11) bezeichnet hierfür die Formulierungen Thomas aaO. S. 272/3 und 274/5.

12) hierzu sei noch einmal auf Smend S. 99 verwiesen, vgl. auch oben S. 18 II. Abs.

13) aaO. S. 272.

Thomas Lehre, besser: der von ihm angeregten Methode, mangelt zwar nicht, wie Hecking ausführt [14]), **grundsätzlich** die „letzte, vollkommene Rechtsrichtigkeit"; das zeigten schon die Ausführungen, die Berechtigung und Begrenzung teleologischer Beweisführung andeuteten, und festzuhalten ist als wichtige Erkenntnis der Gesichtspunkt, daß auch voluntaristisch-politische Entscheidungen Recht zu schaffen vermögen. Es muß aber beachtet werden, daß es sich für Thoma um die subjektive Entscheidung eines Einzelnen, bestenfalls einer Gruppe von Autoren [15]) handelt, die mit der notwendigen Entscheidung [16]) eines „echten Problems", eines stillschweigend im Ausschuß abgeschlossenen Verfassungkompromisses [17]) nicht zu vergleichen ist.

Als wesentliches Ergebnis kann mithin zunächst erkannt und festgehalten werden, daß die Lösung des Problems allein in der Richtung einer voluntaristisch-politischen Entscheidung gesucht werden kann. Bevor nunmehr in eine Untersuchung der Frage eingetreten werden kann, ob bereits heute eine derartige Entscheidung getroffen ist und in welchem Ereignis diese erblickt werden kann, ist die Eigenart der vorliegenden Zweifelsfrage klar herauszustellen. Es steht ein, wie Thoma gesagt hat, „echtes Problem" zur Entscheidung. [18]) Die Verfassung hat eine Lücke gelassen; sie hat stillschweigend auf eine Regelung der Frage verzichtet, hat sie also de facto der Praxis überlassen. Somit liegt der Fall, da auf eine Regelung bewußt verzichtet wurde, im Ergebnis durchaus parallel den in der Reichsverfassung ausdrücklich erfolgten anscheinenden Kompromissen, die sich z. B. in Art. 146 (Schulfrage) oder im Zusammenhang der Art. 137, 138, 149 (Kirchenfrage) finden. Dort sind (am klarsten kommt dies in Art. 146 zum Ausdruck) Formeln niedergelegt, die allen widersprechenden Ansprüchen genügten und die praktisch den Austrag der Gegensätze vertagten. Diese Fälle können mit Carl Schmitt als „dilatorische Formelkompromisse" [19]) bezeichnet werden. Bei der Behandlung des vorliegenden Problems ist dagegen sogar auf eine Entscheidung in der Form einer nach außen mit dem Anspruch der Regelung auftretenden Formel verzichtet worden; dieser Tatbestand ist in

---

[14]) Hecking S. 29.

[15]) Ein „Autoritätsbeweis", wie ihn Stier-Somlo in AöR. 3, 107 und im Anschluß an ihn Veith S. 72 andeuten, stellt keinen begründeten Beweis dar und ist scharf abzulehnen.

[16]) vgl. schon hier Carl Schmitt Verf. Lehre S. 35.

[17]) deutlich nur in Prot. Verf. Aussch., zusammenfassend dort Beyerle S. 486 r.

[18]) AöR. 4, 272.

[19]) Verf. Lehre S. 31 ff.

den Verhandlungen des Verfassungsausschusses deutlich sichtbar geworden.[20]) Gemeinsam ist beiden Fällen jedoch das Fehlen der endgültigen Entscheidung.

Es kann an dieser Stelle bereits darauf hingewiesen werden, daß das Wesen der Verfassung eines Staates m. E. nicht allein mit der Erkenntnis des Vorliegens einer rechtlichen Ordnung getroffen ist, daß vielmehr mit Carl Schmitt in ihr eine grundlegende Entscheidung gesehen werden muß.[21]) Nicht notwendig ist mit der Übernahme dieser Auffassung zugleich die Anerkennung seiner Lehre der besonderen verfassunggebenden Gewalt[22]) verbunden in dem Sinne, daß eine Verfassung allein durch den Akt einer solchen entstehen könne. Die Ordnung des öffentlichen Lebens eines Volkes verlangt, soweit nicht nur mehr die juristische Formulierung und Anerkennung eines tatsächlich schon bestehenden Zustandes vorzunehmen ist, rechtliche Regelung durch Entscheidungen, die die Ordnung des Staatslebens in den für dieses entscheidenden Punkten in bestimmter Richtung festlegen. Die grundlegenden politischen Entscheidungen, die die Weimarer Verfassung getroffen hat und treffen mußte, sind die Anerkennung der Souveränität des Volkes, der parlamentarischen Demokratie, der republikanischen Staatsform. Neben diesen grundsätzlich für den Aufbau des Staates und seine Verfassung entscheidenden Fragen und neben der Festlegung „nichtprinzipieller Einzelheiten, durch die organisatorische oder inhaltliche Details“[23]) ihre Erledigung finden, hat jede Verfassung zahlreiche andere Entscheidungen zu fällen, die in Ausfüllung des großen Rahmens für den Staatsaufbau grundlegender Richtlinien andere wichtige Punkte eindeutig regeln. Die große Mehrzahl echter Grundrechte[24]) und quasigrundrechtlicher Bestimmungen, aber auch eine Fülle von Vorschriften des organisatorischen Teiles der Verfassung gehören hierher. Als Beispiele waren bereits genannt die Schul- und Kirchenfrage. Hier zeigte sich, daß die notwendige Entscheidung vertagt war. Ein solches Vorgehen erscheint jedoch in den grundlegenden Fragen nicht möglich; sind diese nicht eindeutig geregelt — sei es auch ohne Festlegung auf schriftlichem Wege, wie etwa nach geltendem englischen Verfassungsrecht —, so liegen für die rechtliche Betrachtung revolutionäre Zustände vor, die erst mit

---

[20]) Prot. Verf. Aussch. S. 483—486.

[21]) Verf. Lehre S. 23.

[22]) aaO. S. 21.

[23]) soweit nicht bereits in ihrem Zusammenhang mit Carl Schmitt eine entscheidende Festlegung auf die Prinzipien des „bürgerlichen Rechtsstaats“ erblickt wird; vgl. S. 126 und 24 aaO.

[24]) aaO. S. 31.

der tatsächlichen Durchsetzung solcher Prinzipien durch Übernahme und Innehaltung der Staatsgewalt durch ausgeprägte Repräsentanten solcher Ordnungen, etwa durch Räte, durch den fascio, ihr Ende finden. In den genannten übrigen wichtigen, aber nicht für den Staatsaufbau grundlegenden Fragen dagegen kann, wie die oben kurz berührten Beispiele zeigen, eine derartige Vertagung der Entscheidung für kürzere Übergangszeiten durchaus in Frage kommen. So liegen die Dinge bei dem Problem des Prüfungsrechts. Hier handelt es sich um eine für die Ordnung der Rechtsprechung wesentliche Frage [25]), für die aber aus dem Sinnzusammenhang der Verfassung nichts entnommen werden kann. [26]) Solche „dilatorischen Kompromisse" und aufgeschobenen Fragen finden ihre sachliche Lösung in der — zunächst vertagten — politischen Entscheidung. [27])

Die derart notwendig gewordene Entscheidung nun braucht auch nach Carl Schmitts Ansicht nicht zu erfolgen gerade durch einen Akt der angeblich vorhandenen verfassunggebenden Gewalt. Er selbst nennt als ein Beispiel für Vorgänge, durch die eine solche Entscheidung sich vollziehen kann, die im Herbst 1927 beinahe geglückte Regelung der Schulfrage durch den von Keudell'schen Reichsschulgesetzentwurf. Diese zunächst eigenartig erscheinende Auffassung Schmitts erklärt sich aus dem Umstand, daß es sich in diesen Fällen nicht um für die Ordnung des Staatslebens grundlegende und grundsätzlich wichtigste Fragen handelt, vielmehr zwar auch nicht um nebensächliche Detailfragen, aber doch nur um den Ausbau des großen Rahmens der getroffenen Entscheidungen in zahlreichen einzelnen Punkten. Die notwendige Entscheidung kann also erfolgen durch ein Gesetz. Dies ist als Regelfall zu bezeichnen. Denn es ist allerdings richtig gesehen, wenn Thoma es für „eine der artbestimmenden Tendenzen des ‚modernen Staates' " hält, die „Dezision" etwa rein rechtlicher Fragen der Grundrechtsauslegung und umsomehr auch derartiger hochpolitischer Fragen, wie sie hier zur Entscheidung stehen, „dem Gesetzgeber zu überlassen und dem Richter zu nehmen." [28]) Die Entscheidung kann aber auch durch irgendwelche

---

[25]) Thoma AöR. 4, S. 268; Waldecker AöR. 13, S. 59.

[26]) ebenso Morstein-Marx in seiner Monographie, u. Thoma aaO. Ander mit vorsichtiger, allgemein gehaltener Begründung Bredt Z. f. ges. StW. 82, 453, ähnlich Bühler DJZ. 1921, S. 580, Fleischmann in Handbuch der Politik I S. 228.

[27]) Carl Schmitt Verf. Lehre S. 35.

[28]) Grundrechte und Polizeigewalt S. 223. Darauf weist auch immer wieder C. Schmitt als entschiedener Gegner überspannten justiz-

anderen Akte geschehen, sofern diese nur ihrem Wesen nach politisch bestimmt sind und eine voluntaristisch gefundene Lösung geben.[29]) Als eine solche politische Entscheidung muß m. E. die Stellungnahme der höchsten Gerichte seit dem Urteil in RGZ. 111, 320 ff. (322, 323) vom 4. 11. 1925 gewertet werden.[30]) Gegenüber dem Einwand, der hier geltend gemacht werden könnte: eine politische Entscheidung durch einen Gerichtshof sei eine Unmöglichkeit, ist ein anderes zu beachten. Zu unterscheiden ist von einer allgemeinen justizförmigen Erledigung politischer Fragen und Streitigkeiten, von einer durchgreifenden Juridifizierung der Politik, der hier vorliegende Fall, daß eine richterliche Instanz in einer einmaligen und besonderen Lage die notwendige Entscheidung trifft. Ist das Reichsgericht, der Staatsgerichtshof, der Reichsfinanzhof oder ein anderes höchstes Gericht in einer Streitsache zuständig und tritt hier die Frage auf, die nur durch eine Entscheidung der gekennzeichneten Art gelöst werden kann, so ist dieser Gerichtshof, wenn er in der einen oder der anderen Richtung entscheidet, insoweit als eine „hochpolitische Instanz"[31]) anzusehen, die die sachliche Entscheidung der Kompromisse trifft und treffen muß, da das Gericht eine Entscheidung nicht mit der Begründung ablehnen darf, es fehle an einem Rechtssatz.

Zur Begründung der hier vertretenen Ansicht ist kurz auf die Entwicklung der neueren Rechtsprechung in der Frage des Prüfungsrechts und im besondern auf die vom Reichsgericht in dem entscheidenden Urteil vom 4. 11. 1925 gegebene Begründung seiner Stellungnahme einzugehen. Ein allgemeines Prüfungsrecht wurde unter der alten R. V. durchweg abgelehnt.[32]) Unter der Weimarer R. V. bahnte sich langsam ein Umschwung an.[33]) Voran ging eine

staatlichen Denkens hin. Vgl. Festg. f. RG. S. 166/7, AöR. 16, S. 173.

[29]) Vgl. Thoma AöR. 4, S. 272.

[30]) Vgl. Hensel AöR. 6, 333 o., Waldecker AöR. 13, 82.

[31]) Smend, Verf. Lehre S. 118, RG. Festg. S. 166 u., auch 158.

[32]) Kennzeichnend hierfür die Behandlung der Frage in OVG. 63, 168 ff. (170 ob.), 1912; in einem Nebensatz wird eine Prüfung als nicht zulässig ohne weiteres abgelehnt.

[33]) Zunächst in den unteren Instanzen. Als Beispiele seien erwähnt das Hans. OLG. in Hans. Ger. Ztg. 1920, 181 (zit. nach Morstein Marx AöR. 6, 225 Anm. 35) als Vorinstanz zu RGZ. 102, 161 ff. (164), sowie — sehr bezeichnend — Sächs. OVG. 27, 21 ff. (23), das die Frage offen läßt, die Prüfung aber vornimmt, in ihrem Verlauf die Verfassungsmäßigkeit des fragl. Ges. feststellt (S. 24 aaO.) und darum die Klage abwies.

Entscheidung des RFH. [34]), der bezeichnender Weise die Frage ohne nähere Begründung in einem Nebensatz behandelte. Es folgte ein Beschluß der Vereinigten Zivilsenate des GR. vom 22. 2. 1924 [35]), der allerdings nur die Frage der Gültigkeit einer Verordnung betraf. Während der Beratung wurde die Ansicht vertreten, daß das Prüfungsrecht in seinem vollen Umfang, also auch für Reichsgesetze, rechtlich den Gerichten bereits zustehe; rechtskräftig entschieden wurde jedoch nur für den vorliegenden Fall einer Verordnung. [36]) Infolge einer ungenauen vorläufigen Berichterstattung [37]) über diesen Beschluß, besonders wohl auch infolge der Erklärung des Reichgerichtspräsidenten anläßlich der 45. Jahresfeier des RG. [38]) glaubte sich der Große Senat des Reichsversorgungsgerichts [39]) einer das Prüfungsrecht für Reichsgesetze bejahenden Entscheidung des RG. anschließen zu können. Am 4. 11. 1925 folgte das für die Praxis entscheidende Urteil des RG. [40]), das allerdings schon am 28. 4. 1921 [41]) — mit Berufung auf ältere Urteile auch für Gesetze, doch rechtskräftig nur für eine Verordnung! — seine Stellungnahme in dieser Richtung angedeutet hatte. Zahlreiche Urteile anderer höchster Gerichte folgten unter Berufung auf RGZ. 111, 320 (323). [42])

Wesentlich ist die kurze, aber sehr prägnante Begründung des Urteils vom 4. 11. 25. Es handelte sich um die Frage der Gültigkeit des Aufwertungsgesetzes, das im Reichstag mit einfacher Mehrheit beschlossen worden war, also um die Frage der materiellen und zugleich — wegen Art. 76 R. V. — der formellen Verfassungsmäßigkeit. [43]) Der überwiegende Teil der Begründung

---

[34]) RFH. III, Bd. 5, 333.

[35]) betr. d. Abgeltungserweiterungs-VO. Vgl. RGZ. 107, 320 ff. In d. amtl. Veröff. findet sich keine ausdrückliche Stellungnahme zum Prüfungsrecht!

[36]) Vgl. W. Jellinek Veröff. StRL. II S. 39.

[37]) DJZ. 1924 S. 290 und Görres in JW. 1924, S. 1566.

[38]) Vgl. Deutsche Richterzeitung 1924, S. 424.

[39]) Vgl. Graßhoff DJZ. 30 (1925) S. 332 ff. = RVG. 4, 168 vom 21. 10. 1924; ebenso später 5, S. 95.

[40]) RGZ. 111, S. 320 ff., bes. 322/323.

[41]) RGZ. 102, S. 161 ff., bes. 164. Nach Morstein Marx AöR. 6, 225, ebenso auch nach Ansicht des sächs. OVG. Jahrb. Bd. 27 S. 23 hat hier das RG. bereits die materielle Prüfung von Reichsgesetzen völlig anerkannt.

[42]) zit. bei Anschütz Komm. S. 326.

[43]) oben S. 5.

ist von Bedeutung allein für die Abgrenzung des Umfangs des vom RG. in Anspruch genommenen Prüfungsrechts [44]). Entscheidend für die grundsätzliche Anerkennung der Prüfung sind zwei Gründe: einmal die Überlegung, daß der Richter bei Normenkollisionen den Tatbestand unter die höhere konkrete Norm, etwa unter eine aktuelle Grundrechtsbestimmung, subsumieren müsse. Denn er befindet sich in einem Notstand [45]); er sieht sich einem formell oder inhaltlich fehlerhaften Gesetz gegenüber und ist doch „an das Gesetz gebunden" und zur Entscheidung verpflichtet; besteht eine höhere Norm, so ist er ge„nötigt", das fehlerhafte Gesetz „außer Anwendung zu lassen" [46]). Der andere Gedanke ist ganz kurz ausgeführt: das Prüfungsrecht muß anerkannt werden, weil die R. V. es nicht den Gerichten entzogen und einer anderen Stelle übertragen hat. — Diese Überlegung bedeutet ein durch das Vorliegen eines zu entscheidenden konkreten Sachverhaltes ermöglichtes Umgehen des Problems [47]). Für die ordentlichen Gerichte, die keine maßgebende Entscheidung zu geben brauchen, würde es möglich sein, mit dem Gedanken der Normenkollision auszukommen. Die grundsätzliche Frage des Prüfungsrechts aber, die auch dann die gleiche ist, wenn der Staatsgerichtshof in der Hauptsache über die Gültigkeit eines Gesetzes urteilt [48]), kann mit einer Notstandserwägung nicht entschieden werden. Denn es handelt sich bei der Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit nicht darum, ob ein konkretes Gesetz zugunsten einer aktuellen Verfassungsvorschrift, unter die die zu entscheidende Streitigkeit sich etwa auch subsumieren läßt, *außer Anwendung gelassen* wird. Die Frage ist vielmehr: kann einem „Gesetz" *die Gültigkeit aberkannt werden*, wenn es formellen oder materiellen Vorschriften für seine Entstehung nicht genügt? Wenn Carl Schmitt versucht, die Frage der inzidenten Prüfung etwa durch die ordentlichen Gerichte gesondert zu behandeln und mit der genannten Notstandserwägung zu

---

[44]) Vgl. Carl Schmitt RG.-Festg. S. 172—174.

[45]) Hierüber schon Radbruch im Arch. f. soz. Ges. Geb. u. Statistik (Arch. f. Soz. Wiss. u. Soz. Pol.) Bd. 22 (IV) 1906, S. 355 ff., bes. S. 356, 357/8 u. 364.

[46]) RGZ. 111, 323 oben. Dieser Gedanke ist jedoch in der Entsch. keineswegs konsequent durchgeführt; im gleichen Urteil wird S. 322 davon gesprochen, daß Art. 102 R. V. nicht ausschließe, daß einem Gesetz „vom Richter die Gültigkeit . . . aberkannt werden" könne.

[47]) C. Schmitt Verf. Lehre S. 195.

[48]) Vgl. oben S. 13.

entscheiden [49]) und damit sie geradezu aus dem Zusammenhang des Problems herauszunehmen, so beruht dies auf dem Gedanken, daß die starke autoritative Wirkung einer Hauptentscheidung über die Gültigkeit eines Gesetzes etwa durch den Staatsgerichtshof bedenklich und in keiner Weise zu begründen sei. Es ist demgegenüber festzuhalten, daß die Rechtskraftwirkung auch einer derartigen Hauptentscheidung, die immerhin nur als eine „diffuse" angesehen werden kann [50]), nicht ohne weiteres als stärker betrachtet werden kann als die in den entsprechenden Fällen eines Zivil- oder Strafurteils eintretende [51]). Eine Ausdehnung der Rechtskraftwirkung dagegen würde erst die Folge etwa einer gesetzlichen Zentralisierung des Prüfungsrechts in einem Verfahren ähnlich dem des Art. 13 R. V. i. V. m. d. G. v. 8. 4. 20 sein können. — Der zweite Gedanke schließt sich an den ersten an insofern, als er darauf hinweist, daß das Prüfungsrecht den ordentlichen Gerichten nicht entzogen sei; er muß daneben auch als selbständige Begründung gewertet werden. Als solche stellt er nur eine Behauptung auf; er bezieht sich anscheinend stillschweigend auch auf Art. 102 R. V. und auf frühere Urteile des RG., ist aber schon äußerlich betrachtet nicht schlüssig [52]). Aber gerade er läßt erkennen, daß das RG. nicht der dargelegten Begründung aus dem Notstand des Richters allein entscheidende Bedeutung zuerkennt. Hierin — ebenso wie auch in der im gleichen Urteil ebenfalls verwerteten Ausdrucksweise, daß dem Gesetz „vom Richter die Gültigkeit . . . aberkannt werden kann" [53]), — zeigt sich, daß die Entscheidung des RG. bewußt über den Rahmen des „nur tatbestandsmäßig subsumierenden" [54]) Prüfungsrechts hinausgreift [55]).

Aus der vorstehenden Betrachtung der — mangelhaften — Begründung läßt sich entnehmen, daß das Urteil des RG. in der Frage des Prüfungsrecht als eine im Wesen rechtspolitische Entscheidung zu werten ist — ebenso wie die

---

[49]) Vgl. in AöR. 16, 168 und RG.-Festg. S. 170. — Damit ist zudem nur eine materielle Prüfung in dem stark begrenzten Umfang des Bereichs der subsumtionsfähigen Reichsverfassungsnormen zugegeben.

[50]) vgl. oben S. 10.

[51]) Dagegen jedoch gelegentliche Bemerkungen bei Triepel Streitigkeiten S. 38 und 111 ff. und neuerdings (1929) Behr in AöR. 17, S. 436 ff.

[52]) Carl Schmitt RG. Festg. S. 168.

[53]) aaO. S. 322.

[54]) Carl Schmitt RG. Fstg. S. 171.

[55]) Anderer Ansicht Schmitt aaO.

Entscheidung des RFH. 5, S. 333 [56]), der sich nicht wie das RVG. in 4, S. 168 auf vermeintliche Präjudizien stützen konnte. Das RG. mußte notwendig nach einer Begründung suchen, die in für die Lösung des Problems nicht zureichenden Notstandserwägungen gefunden wurde. Nur so ist auch die Ansicht des Staatsgerichtshofes [57]) zu erklären, der in der entscheidenden Frage sein Prüfungsrecht einfach darum annimmt, weil er zur Entscheidung verfassungsrechtlicher Fragen ohne Begrenzung eingesetzt sei. Auch hier liegt eine durch notwendige, aber nicht durchgreifende Begründung verdeckte rechtspolitische Entscheidung vor. Daß die Stellungnahme der höchsten Gerichte als eine solche politische Entscheidung gewertet wurde, wurde auch darin erkennbar, daß die Reichsregierung ebenso wie alte Gegner des Prüfungsrechts [58]) — eingestandenermaßen nur de lege ferenda — die Übertragung des Prüfungsrechts an den Staatsgerichtshof und zum Teil daneben ein Weiterbestehen [59]) der inzidenten Prüfung im ordentlichen Verfahren befürworten.

Schluß.

§ 13. Zur Würdigung der Ergebnisse.

Es bleiben nunmehr nur noch einige kurze Worte zu sagen zur Würdigung der Bedeutung der im Vorstehenden dargelegten Auffassung. Die dort vertretene Ansicht, die in der Entscheidung der höchsten Gerichte die rechtschaffende Entscheidung eines hinausschiebenden Verfassungskompromisses sieht, mag zunächst sehr eigenartig und angreifbar erscheinen. Sie ist jedoch in Anbetracht der Erkenntnis, daß hier ein „echtes Problem" vorliegt, m. E. die einzig mögliche. Auf diese Lösung weisen auch die Ausführungen Waldeckers [1]) hin. Sie bedeutet kein Ausweichen vor einer selbständigen Beurteilung und damit kein Nachfolgen hinter Präjudizien, da sie auf der rechtsbegründenden Wirkung politischer Entscheidungen in den von der Verfassung offen gelassenen Fragen

---

[56]) so Hensel in AöR. 6, S. 333; er verkennt allerdings in Anm. 12 ebda. die Bedeutung der Ausführungen Thomas.

[57]) StGH. in RGZ. 122, Anh. S. 32 und bei Lammers S. 156ff. (166).

[58]) Anschütz 34. Dtsch. Jur. Tg. S. 209.

[59]) RReg. in Begr. z. Entw., Rtg. IV Nr. 382.

[1]) AöR. 13, S. 88, 91.

beruht. Sie bedeutet aber auch andererseits keine Anerkennung eines Gewohnheitsrechts, für dessen Annahme die überwiegende Rechtsüberzeugung noch nicht völlig zweifelsfrei ist. — Es kann hier auf Berührungen hingewiesen werden, die sich in der Richtung der von Gg. Jellinek zuerst beobachteten und verwerteten Erscheinung der „Normativen Kraft des Faktischen" [2]) ergeben. Wertvoll ist die Erkenntnis dieser Zusammenhänge in erster Linie für die Lehre der Staatsumwälzungen; allein für die Beurteilung der staatsrechtlichen Folgen einer Revolution hat sie Jellinek auch durchgeführt. Hier werden diese Dinge besonders deutlich. Es ist deshalb auch kein Zufall, wenn Jeselsohn [3]) darauf hinweist, daß Carl Schmitts Lehren, an die auch hier — freilich in begrenztem Umfang und keineswegs in Verbindung mit seiner Lehre von der Verfassunggebenden Gewalt — angeknüpft wurde, gerade für die Theorie der Revolution von großer Bedeutung seien. Von Schmitts „Folgerungen, die tief in das geltende Staatsrecht eingreifen" [4]), wird man sich allerdings frei zu halten haben. Damit ist jedoch eine Anknüpfung an die von ihm beobachtete Erscheinung der dilatorischen Verfassungskompromisse nicht ausgeschlossen. Richtig ist m. E. die Auffassung, die in neueren Einzelbearbeitungen des Problems vertreten wird: die Frage, ob und inwieweit ein richterliches Prüfungsrecht bestehe, hänge letzten Endes von der Rechtsprechung selber ab [5]), und richtig ist weiter, das Faktische nunmehr als Rechtserscheinung zu behandeln [6]) in dem begrenzten Maße und dem Sinne, in dem dies möglich und dargelegt ist. Es ist damit der Entscheidung des Problems, das nach der hier vertretenen Ansicht mit der übereinstimmenden Stellungnahme der höchsten Gerichte seit dem 4. 11. 1925 seine Lösung gefunden hat [7]), ein staatsrechtlicher Unterbau gegeben, der diese Entscheidung rechtfertigt und nicht gestattet, darin eine Äußerung bloßen Präjudizienkultes zu sehen. Die Anerkennung des Prüfungsrechts, dessen außerordentlich große Tragweite im besonderen unter praktisch-politischen Gesichtspunkten hier nicht noch einmal begründet zu werden braucht [8]), schafft aber zu-

---

[2]) Allgemeine Staatslehre S. 337 ff. Vgl. auch Marschall von Bieberstein Kampf des Rechts S. 121.

[3]) Begriff Arten und Grenzen d. V. Änd. S. 91.

[4]) Jeselsohn aaO.

[5]) Nützenadel S. 54, Casper S. 62; v. Hippel S. 84 sagt Ähnliches.

[6]) Jeselsohn S. 90.

[7]) Ähnlich Triepel StRL. III S. 44 der Aussprache.

[8]) Morstein Marx Variationen S. 6 ff., Arndt im Recht 1920 S. 105 f. und Hecking S. 4 führen Näheres aus.

gleich auch die Möglichkeit einer wirksamen Durchsetzung der — zunächst nur de lege ferenda — erhobenen Forderungen, die aus der Betrachtung der Frage des Prüfungsrechts im Zusammenhang des Problems der Rechtswirklichkeit im Sinne der „notwendigen Einheit von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung“ [9]) folgen.

Die hier gefundene Lösung ist für den, der die notwendigen Voraussetzungen nicht anerkennt, zwar nicht von Wert. Der Sinn der gesamten Erörterungen ist jedoch auch dann in hohem Maße erfüllt, wenn ihre negativen Ergebnisse zeigen könnten, daß andere Lösungen des gestellten Problems nicht haltbar sind. Denn es kann nicht ohne weiteres erwartet werden, daß ein Beweis gelingt, der der Staatsrechtslehre in Jahrzehnten nicht geglückt ist. Ein Versuch in dieser Richtung mußte allerdings unternommen werden; denn wir glauben, daß auch hier wie an jeder anderen Stelle wir unseren Teil tun können und müssen an dem Werke, in dessen Dienst wir alle stehen: dem Reich.

---

[9]) Gerber aaO. S. 4.

Lebenslauf.

Am 14. Juni 1908 wurde ich, Helmut Linck, als Sohn des prakt. Arztes Dr. Adam Linck in Wiesbaden geboren. Von Ostern 1914 ab besuchte ich die Vorschule bei dem städtischen Reformrealgymnasium und ging im April 1917 auf die Hauptanstalt über. Dort bestand ich am 20. Februar 1926 die Reifeprüfung. Am 1. Mai 1926 wurde ich in der juristischen Fakultät der Universität München immatrikuliert und blieb dort die ersten beiden Semester. Im dritten Semester studierte ich in Kiel, im vierten wieder in München. Vom fünften bis zum achten Semester war ich in Marburg und wurde dort am 1. April 1930 exmatrikuliert. Am 22. März 1930 bestand ich in Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut" und wurde am 24. April 1930 zum Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt ernannt. Während des Sommersemesters 1930 fertigte ich im Institut für öffentliches Recht in Marburg meine Doktorarbeit an. Seit dem 1. September 1930 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst am Amtsgericht Hochheim a. M.